Decis. 9d Bähr

A

Mayrhofer

Urteile des Reichsgerichts

mit

Besprechungen

von

Dr. Otto Bähr.

München und Leipzig.
Druck und Verlag von R. Oldenbourg.
1883.

Urteile des Reichsgerichts

mit

Besprechungen

von

Dr. Otto Bähr.

München und Leipzig.
Druck und Verlag von R. Oldenbourg.
1883.

Vorrede.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts sind zunächst bestimmt, den Streit der Parteien endgültig zu erledigen. Hätten sie nur diese Bestimmung, so würde eine öffentliche Besprechung derselben ohne Zweck sein. Sie haben aber auch die noch höhere Aufgabe, die praktische Rechtswissenschaft in Deutschland zu leiten und fortzubilden. Gerade in Hinblick hierauf haben die Mitglieder des Reichsgerichts selbst eine Veröffentlichung ihrer Entscheidungen unternommen. In dieser Bedeutung aber nehmen dieselben das höchste Interesse der Wissenschaft in Anspruch und unterliegen deren freier Beurteilung.

Es könnte vielleicht gewagt erscheinen, daß ein Einzelner die Aussprüche einer so ansehnlichen Körperschaft, wie des Reichsgerichts, einer Beurteilung unterziehe. Bei genauerer Betrachtung aber wird man finden, daß jene Aussprüche doch weit mehr einen individuellen Charakter an sich tragen, als der Namen, unter welchem sie ergehen, erkennen läßt. Die große Mehrzahl der Entscheidungen geht von den einzelnen Senaten, also von je sieben Mitgliedern des Reichsgerichts, aus. Innerhalb des Senats aber ist es in der Regel nur ein Mitglied, welches die Sache einer umfassenden vorbereitenden Bearbeitung unterwirft. Neben diesem (dem Berichterstatter) übt nur noch der Vorsitzende eine vorbereitende Thätigkeit, die aber bei der großen Geschäftslast desselben ein gewisses Maß nicht zu überschreiten vermag. Die Mitwirkung der übrigen Mitglieder läuft im wesentlichen auf eine ohne Vorbereitung abgegebene Beistimmung oder Ablehnung der von diesen beiden Mitgliedern gestellten Anträge hinaus. Unsere Rechtszustände sind aber so verwickelt, daß ein augenblickliches Entscheiden

nicht immer mit voller Sicherheit geübt werden kann. Öfters sind ja auch innerhalb des Kollegs die Ansichten geteilt, so daß vielleicht nur eine Stimme für die Entscheidung den Ausschlag gibt. Darnach wird man die Autorität, welche die Entscheidungen des Reichsgerichts, wie überhaupt die jedes Gerichts, in Anspruch nehmen dürfen, auf ein gewisses Maß zurückzuführen geneigt sein.

Einen noch mehr individuellen Charakter gewinnen aber die Entscheidungen des Reichsgerichts bezüglich ihres wissenschaftlich bedeutungsvollsten Teiles, der Entscheidungsgründe, durch die Art der Abfassung derselben. Um richtig verstanden zu werden, möge es mir erlaubt sein, hierüber etwas ausführlicher zu handeln.

Die Richter sollten stets Bedacht nehmen, eine verschiedene Sprache zu reden, je nachdem sie im Beratungszimmer Vortrag halten, oder mit ihren Aussprüchen vor die Öffentlichkeit treten. Der Vortrag des Richters im Beratungszimmer — oder, wie man bisher meistens sagte, die Relation — soll den Rechtsfall nach allen Seiten hin juristisch erörtern, so eingehend und tief, als dies überhaupt mit der zu Gebote stehenden Zeit vereinbar ist. Dabei sind auch Zweifelsgründe aller Art, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien sie gebracht, zur Erörterung zu ziehen. Nicht minder versteht sich von selbst, daß für die Rechtsfragen auch die Ansichten wissenschaftlicher Autoritäten in Betracht zu nehmen sind. Mit einem Worte: der Vortrag im Kolleg darf ganz und gar die Natur einer rechtswissenschaftlichen Abhandlung haben.

Ganz anders soll die Redeweise des Ausspruchs sein, mit welchem der Richter vor die Öffentlichkeit tritt; also des Urteils. Man sollte doch nie vergessen, daß auch das richterliche Urteil ein Staatsakt ist und in den würdigen und gemessenen Formen eines solchen sich zu halten hat. Neben der gebotenen Klarheit ist das erste Erforderniß: bündige Kürze. Das Urteil soll nie in doktrinäre Redseligkeit verfallen. Der Richter hat nicht den Beruf, alles, was ihm dabei durch den Kopf geht, offen zu legen. Er soll namentlich nicht Fragen erörtern, von denen er gleich darauf selbst sagt, daß es nicht auf sie ankomme. Nur die positiven Gründe der Entscheidung (rationes decidendi) soll das Urteil aussprechen; diese aber nicht zweifelnd und hin und her erwägend, sondern bestimmt und sicher. Zweifelsgründe (rationes dubitandi) sind nur

dann hervorzuheben und zu widerlegen, wenn sie von den Parteien gebracht oder durch den Ausspruch der Vorinstanz angeregt sind. Wissenschaftliche Autoritäten gehören nicht in das Urteil; noch weniger polemische Auseinandersetzungen mit solchen. Der Richter soll mit seiner Ansicht selbständig auftreten. Wie er seine Ansichten sich gebildet hat, gehört nicht zur Sache. Was würde man dazu sagen, wenn Regierungs- und Finanzbehörden ihre Entscheidungen mit der Erörterung von Zweifeln füllen und mit Citaten von Schriftstellern spicken wollten? So wenig wie für diese, ist aber auch für die Gerichte dergleichen passend.

Leider hat man aber bei vielen deutschen Gerichten für eine solche knappe Form der Urteile den Sinn verloren. Die Entscheidungsgründe gestalten sich zu umfangreichen Ergüssen doktrinärer Art. Es sind in das Urteil hineingeschriebene Relationen mit allen ihren Subjectivismen. Tritt dann noch ein gewisses persönliches Ungeschick hinzu, so kann es leicht zu so erschreckenden Erscheinungen kommen, wie sie seiner Zeit in dem Prozeß Arnim zu tage traten.

Beim Reichsgericht ist die Notwendigkeit einer knappen Urteilsform prinzipiell in keiner Weise verkannt worden. Die Geschäftsordnung, welche das Gericht selbst sich gegeben hat, besagt in § 18: „Die Entscheidungsgründe sind in bündiger Kürze, unter strenger Beschränkung auf den Gegenstand der Entscheidung und thunlicher Vermeidung von Fremdwörtern und nicht allgemein üblichen Ausdrücken abzufassen.“ Auch ist ja nicht zu verkennen, daß die Urteile des Reichsgerichts meist in gemessseneren Formen sich bewegen, als die oft sehr ausgiebigen Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts. Gleichwohl erscheinen auch sie noch öfters mehr im Stil einer Relation als eines Urteils geschrieben. Wir wollen auf Einzelnes nicht eingehen. Wer die Urteile liest, wird wohl herausfühlen, was hier gemeint ist.

Diese Methode der Urteilsabfassung trägt aber auch noch einen Nachteil in sich, welcher allein schon beweisen dürfte, daß sie nicht die richtige ist. Im Sinne der kollegialischen Gerichtsverfassung sollte nicht allein die Entscheidung, sondern auch die Fassung der Gründe aus der Gesamtthätigkeit des Kollegs hervorgehen, zumal bei einem höchsten Gerichtshofe, dessen Entscheidungsgründe

von so weittragender Bedeutung sind. Dies ist aber nur möglich, wenn die Fassung des Urteils sich auf das Wesentliche beschränkt. Es wird unmöglich, wenn die Entscheidungsgründe eine juristische Abhandlung bilden. Wie wäre das Kolleg im Stande, alle die einzelnen Gedanken, in denen ein solcher Entwurf sich ergeht, alle die Citate von Schriftstellern u. s. w. nachzuprüfen? Es hat dazu weder Zeit noch Kraft. So gestalten sich die Entscheidungsgründe nur allzuleicht zu einer persönlichen Auslassung des Referenten, welcher die übrigen Mitglieder notgedrungen ihren Namen leihen.

Diese Methode wird freilich damit verteidigt, daß die Urteile des Reichsgerichts nicht bloß entscheiden, sondern auch belehren sollen. Man glaubt es der deutschen Rechtswissenschaft schuldig zu sein, gründliche wissenschaftliche Arbeiten zu liefern. Zunächst ließe sich wohl fragen, ob nicht in wenigen kurzen Sätzen unter Umständen mehr Belehrung enthalten sei, als in längeren Ausführungen, deren Kern mitunter schwer herauszulesen ist. Aber auch hiervon abgesehen, würde der an sich sehr natürliche und berechtigte Wunsch der Reichsgerichtsmitglieder, belehrend durch ihre Ausführungen zu wirken, in einer anderen geeigneteren Form verwirklicht werden können.

Das, was in dieser Beziehung mir vorschwebt, ist nicht etwa ein nie dagewesenes Ideal, sondern ich habe es praktisch durchlebt in der Geschäftsthätigkeit des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Kassel. Dort wurde für die Abfassung der Entscheidungsgründe lange Zeit an der Form „In Erwägung, daß“ festgehalten. So steif und unbeholfen diese Form auch war, so hatte sie doch das Gute, daß sie in sich selbst eine gewisse Nötigung zur Kürze trug. Sie glich einer Uniform, die auch solche, deren Haltung etwas schwankend geworden ist, zusammenhält. Erst in den letzten Jahren seines Bestandes ging das Gericht zu der freieren Form der Entscheidungsgründe über. Aber auch in dieser wurde sich, kraft der in der älteren Form liegenden Schulung, möglichst knapp gehalten. Dabei legte man auf eine genaue Fassung auch der Gründe den größten Wert. Jeder nach dem bereits gefaßten Beschlusse angefertigte Entwurf circulirte bei den beteiligten Mitgliedern. Diese setzten ihre Anträge auf Abänderung an den Rand. Darnach wurde die Fassung schließlich festgestellt. Ganz verschieden von den

Urteilen waren die Vorträge der Mitglieder, auf deren Grundlage das Urteil beschlossen wurde. Es waren mehr oder minder umfassende, mit dem ganzen wissenschaftlichen Apparat versehene Ausführungen. Auch diese wurden für die Rechtswissenschaft in der Art nutzbar gemacht, daß sie in geeigneter Auswahl neben den Urteilen in den (von dem Sekretär des Gerichtes herausgegebenen) „Annalen für Rechtspflege in Kurhessen" veröffentlicht wurden. Diese Sachbehandlung hatte den großen Vorzug, daß das Kolleg nur für das kurz gefaßte Urteil die Verantwortlichkeit übernahm. Für die längeren wissenschaftlichen Erörterungen verblieb die Verantwortlichkeit den einzelnen Mitgliedern.

Könnte das Reichsgericht sich entschließen, eine ähnliche Geschäftsbehandlung bei sich einzuführen, so würde es nicht allein allen übrigen Gerichten ein nachahmungswürdiges Beispiel geben, sondern es würde auch vor allem selbst dabei gewinnen. Es brauchte dann auf seinen Namen eine weit geringere Verantwortlichkeit zu übernehmen; und die längeren Ausführungen blieben auch in der äußeren Erscheinung das, was sie der That nach sind: das Werk Einzelner. Hierdurch wird nun aber zugleich klar geworden sein, in welchem Sinne ich oben mir erlaubte, den Urteilen des Reichsgerichts zur Zeit einen mehr individuellen Charakter beizumessen.

Auch in Betreff der Veröffentlichung der Reichsgerichtsentscheidungen möchte ich hier einige Bemerkungen machen. Zunächst sollte man niemals bloße Entscheidungsgründe ohne die zu Grunde liegenden Thatsachen und die daran geknüpfte Entscheidung veröffentlichen. Ohne diese sind die bloßen Gründe nur allzu leicht dem Mißverständnis ausgesetzt. Daß die mitzuteilenden Thatsachen der genauesten Darstellung bedürfen, versteht sich von selbst. Vom wissenschaftlichen Standpunkte wäre es aber auch wünschenswert, daß in geeigneten Fällen die abweichenden Entscheidungen der Vorinstanzen kurz mitgeteilt würden. Man wird nicht behaupten wollen, daß diese immer wissenschaftlich wertlos seien; und jedenfalls würde in dem Gegensatz zu ihnen der wissenschaftliche Wert der höchstinstanzlichen Entscheidungen um so klarer hervortreten. Zu wünschen wäre auch bei den veröffentlichten Entscheidungen die volle Angabe der Rubriken. Ohne solche ist die Praxis genötigt,

nach Band und Nummer der Veröffentlichung zu citieren, was recht unbequem ist. Endlich möge noch folgende Bemerkung hier gestattet sein. Bei den meisten Gerichten pflegen hie und da „Menschlichkeiten" vorzukommen, d. h. die Rechtsanschauungen werden mehr oder minder beeinflußt durch die Stimmung, in welche der Rechtsfall auch seinen nichtjuristischen Qualitäten nach die Richter versetzt. Das, was diese Stimmung erzeugt, können durchaus ehrenwerte Regungen sein, z. B. das Mitleid, das Wohlwollen für einen Unglücklichen. Ich wage nicht darüber zu urteilen, ob dergleichen auch beim Reichsgericht vorkomme. Käme es aber vor, so wäre zu wünschen, daß solche Entscheidungen nicht veröffentlicht würden, da dieselben für die Rechtsbildung gefährlich werden können. Die darin ausgesprochenen Rechtsgrundsätze reißen sich von dem konkreten Falle los und wirken in einem anderen Falle ganz anders.

Die in dieser Schrift unternommenen Besprechungen haben nur Civilsachen aus den Gebieten des Reichsrechtes, des gemeinen und des preußischen Rechtes zum Gegenstand. Durchweg sind den Besprechungen die Entscheidungen selbst vorausgeschickt, meist jedoch in etwas umgearbeiteter Form. Wo es anging, sind die Thatsachen in der Form eines gesonderten „Thatbestandes" vorangestellt. Die Erwägungsgründe aber sind der Raumersparnis halber öfters zusammengedrängt und abgekürzt. Es ist mein Bemühen gewesen, auch in dieser Form keinen wesentlichen Gedanken des Originals verloren gehen zu lassen. Die besprochenen Urteile sind zum größten Teile der von den Mitgliedern herausgegebenen Sammlung entnommen, und zwar haben ursprünglich die ersten 5 Bände bei der Arbeit vorgelegen. Der 6. Band ist während der Arbeit, der 7. Band erst dann erschienen, als der Druck des Buches schon vorgeschritten war. Beide konnten daher nur zu Nachträgen benutzt werden. Ein Teil der besprochenen Urteile ist aber auch aus anderen Quellen entnommen. Auch die in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts sowie die in Seuffert's Archiv enthaltenen Urteile sind öfters mit in Betracht gezogen.

Möge denn diese Arbeit dem durch die Thätigkeit des höchsten Gerichtshofs vielfach angeregten wissenschaftlichen Leben zu gute kommen.

Kassel im Januar 1883.

Otto Bähr.

Inhalt.

Berichtigungen.

Man bittet zu lesen:

S. 2 Ziff. 1: — wenn das Bier dorthin gekommen.

S. 3 in der Überschrift zu II: Haftung des Prinzipals aus dessen Geschäftsabschluß.

I. Schadensberechnung bei unrichtiger Verschiffung eines Gutes.

Ein Hamburger Haus wollte 100 Kisten Bier nach Callao senden. Der Schiffer verlud sie auf ein falsches Schiff und führte sie nach Buenos-Ayres, wo das Bier zu geringen Preisen verkauft werden mußte. Der Versender klagte hiernächst gegen den Schiffer auf Ersatz des Schadens. Er berechnete diesen nach der Differenz des Preises, der in Buenos-Ayres erzielt worden, und des Wertes, den das Bier in Hamburg gehabt. Er führte zugleich an, daß er sofort eine gleiche Sendung von Bier nach Callao geschickt habe, da er zu dessen Lieferung durch einen Vertrag verpflichtet gewesen sei.

Das Obergericht erachtete die Art der Schadensberechnung ohne weiteres für begründet. Das RG. (Sen. 1) war anderer Ansicht. Es sprach aus:

An sich bestand der Schaden des Klägers nicht in dem Unterschiede zwischen dem Buenos-Ayres-Erlöse und dem Hamburger Werte, da ja auch ohne das Versehen des Beklagten das Bier nicht in Hamburg geblieben wäre, vielmehr nach Callao verschickt werden sollte. Der Schaden besteht daher nur in dem, was der Kläger mehr in Callao als in Buenos-Ayres aus dem Bier erlöst haben würde. Darnach muß jedenfalls Kläger beweisen, daß er eine zweite Sendung Bier nach Callao geschickt habe. Aber auch dies reicht noch nicht aus. Hat Kläger die zweite Sendung ohne Nötigung gemacht, so hat er es lediglich auf seine eigene Rechnung gethan. Nur wenn der Kläger zu der Sendung verpflichtet gewesen ist und deshalb notgedrungen dieselbe gemacht hat, ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Versehen des Beklagten und der zweiten Sendung hergestellt, und damit die Berechnungsart des Klägers gerechtfertigt.

Darnach verlangte das RG. Beweis über die zweite Sendung und die Verpflichtung zu solcher.

Urt. v. 27. Okt. 1879. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 2.

Diese Entscheidung, so scharfsinnig sie auf den ersten Blick erscheinen mag, gibt doch zu Bedenken Veranlassung. Allerdings würde der Richter, wenn er mit der Allwissenheit Gottes operieren könnte, den Schaden des Klägers am richtigsten dahin bestimmen, daß er in dem Unterschied bestehe zwischen dem Preise, der zu Buenos-Ayres erlöst worden ist, und dem Preise, der zu Callao

erlöst worden wäre, wenn es dorthin gekommen. Es fragt sich nur, ob es nicht prozessualisch (d. h. vom Standpunkt beschränkten richterlichen Erkennens) richtiger sei, als Schaden des Klägers die Differenz zwischen dem Buenos-Ayres-Preise und dem Hamburger Werte so lange gelten zu lassen, als nicht erhellt, daß in Callao das Bier einen minderen Preis als den Hamburger Wert erzielt haben würde.

Sicherlich hat der Kläger die Sendung des Bieres nach Callao nicht unternommen, um dort einen minderen Preis als den Wert desselben in Hamburg zu erzielen. Hatte er bereits einen bestimmten Preis für das Bier in Callao verabredet, so darf man ohne weiteres annehmen, daß dieser Preis mindestens dem Hamburger Wert gleichkomme. Aber auch angenommen, der Kläger hätte ohne vorgängige Preisverabredung, also auf Spekulation, das Bier nach Callao senden wollen — ich lasse dahingestellt, ob bei Bier so etwas vorkommt — so daß der Erlös dafür sowohl größer als geringer hätte ausfallen können: ließe sich denn da dieser unbekannte Posten des Erlöses ohne weiteres mit in Rechnung ziehen? Gesetzt, ich gäbe jemanden Geld mit dem Auftrag, mir ein Lotterielos zu kaufen; er verlöre aber oder unterschlüge das Geld, und ich begehrte nun Ersatz desselben. Der Richter aber sagte: „Du, Kläger, würdest ja auch wenn das Geld nicht verloren wäre, nicht das Geld, sondern nur ein Lotterielos bekommen haben, welches, wenn nicht darauf gewonnen wurde, wertlos war. Du kannst daher nur Ersatz begehren, wenn du beweisest, daß du auf das Lotterielos, welches für das Geld angeschafft werden sollte, etwas gewonnen haben würdest." Wäre eine solche Entscheidung wohl zu billigen? — Sie würde aber mit obiger Entscheidung des RG. in gleicher Linie stehen.

Bedenklich ist dann auch, daß diese Entscheidung die Berechnungsart des Klägers doch gelten lassen will, wenn der Kläger beweist, daß er eine andere Sendung, und zwar kraft Vertragsverpflichtung, nach Callao gemacht habe; während sie eine Absendung o h n e Verpflichtung nicht gelten lassen will, weil Kläger eine solche „auf eigene Rechnung gemacht haben würde". Aber machte denn Kläger die Absendung m i t Verpflichtung nicht auch auf eigene Rechnung? Würde nicht, wenn man einmal von den Grundsätzen jener Entscheidung ausging, von dem Kläger noch der weitere Beweis haben gefordert werden müssen, daß er durch Unterlassung der Absendung einen, seinem Klaganspruch mindestens gleichstehenden Schaden erlitten haben würde? Und wie, wenn nun Kläger eine zweite Sendung aus Mangel an Warenvorrat gar nicht hätte machen können? Würde dann sein Ersatzanspruch minder gegründet gewesen sein?

Vielleicht würde der Fall richtiger in folgender Weise beurteilt worden sein. Die vertragswidrige Thätigkeit des Beklagten, zerlegt sich in zwei Stücke. Einmal: er unterließ die übernommene Sendung nach Callao; und zweitens: er verführte das Bier unberufen nach Buenos-Ayres. Lediglich wegen der zweiten Thätigkeit hat ihn Kläger in Anspruch genommen, und diesem Anspruche legt der Kläger mit Recht den Hamburger Wert zu Grunde. Denn in diesem Werte schädigte der Beklagte den Kläger in dem Augenblicke, als er das Bier nach Buenos-Ayres absandte. Was aus dem Bier geworden sein würde, wenn dies nicht geschehen wäre, wissen wir nicht, und es wäre daher Sache des Beklagten gewesen, wenn er seine Ersatzpflicht mindern wollte, darzulegen, daß er, indem er das Bier nicht nach Callao schaffte, dem Kläger dadurch einen Vorteil verschafft habe, den dieser sich billigerweise auf seinen Entschädigungsanspruch anrechnen müsse. Beklagter hätte also darlegen müssen, daß das Bier in Callao nur unter dem Hamburger Werte hätte verkauft werden können. So lange aber Beklagter dies nicht darlegte, blieb der Preis in Callao ein Unbekanntes, welches man ebensowenig in Rechnung ziehen kann, als die Möglichkeit, daß das Bier auf dem Wege nach Callao verdorben oder im Meer untergegangen wäre.

Bei Bemessung von Schadenansprüchen hat der Richter sich nur an die reellen und greifbaren Faktoren zu halten. Das Hereinziehen von bloßen Möglichkeiten trägt die Gefahr in sich, daß er aus lauter Streben nach Gerechtigkeit ungerecht wird*).

II. Stillschweigende Bestellung eines Handelsbevollmächtigten. Haftung des Prinzipals und dessen Geschäftsabschluß.

Kläger belangen den Beklagten aus einer Lieferung von 1¹/₈ zölligem Eisenblech. Die Bestellung ist folgendermaßen bewirkt: A. T., welchen die Klage als „Buchhalter“ des Beklagten bezeichnet, hat zunächst bei den Klägern wegen des Preises von solchem Blech angefragt, und auf die Antwort der Kläger dann in einem zweiten Briefe die Lieferung des Bleches bestellt. Beide Briefe sind unterzeichnet mit dem Namen des Beklagten, welchem ein p. vorgesetzt ist. Daneben hat T. in dem ersten Briefe die Anfangsbuchstaben seines Namens, in dem zweiten Briefe seinen vollen Namen beigefügt. In derselben Weise hat nach dem Kopierbuch des Beklagten T. auch vielen anderen Personen gegenüber verfahren. Beklagter gesteht zu, daß er

*) Ein ähnlicher, jedoch thatsächlich anders liegender Rechtsfall, der, wie ich glaube, richtig entschieden ist, ergibt sich aus Entsch. d. ROHG. Bd. 4 Nr. 29. Daß eine Aufrechnung des verschafften Vorteils gegen den zugefügten Schaden (compensatio lucri cum damno) einredeweise zu begründen sei, ist richtig ausgeführt das. Bd. 22 Nr. 42.

1*

dem T. zu beiden Briefen an den Kläger Auftrag gegeben; er will aber mit T. nur über 1/8 zölliges Eisenblech geredet haben. Deshalb bestreitet er seine Verpflichtung aus der Bestellung von 1 1/8 zölligem Blech.

Das RG. (Sen. 1) erkannte: Da nach den vorliegenden Thatsachen T. unter den Augen des Beklagten sich als dessen Handlungsbevollmächtigter verhalten hat, so hat Beklagter stillschweigend denselben als Handlungsbevollmächtigten bestellt; und ersterer kann sich nicht darauf berufen, daß er dessen Verfahren nicht gekannt und dessen Briefe nicht gelesen habe. Vielmehr muß er das von T. abgeschlossene Geschäft gegen sich gelten lassen, auch wenn T. durch eine irrtümliche Auffassung seines Willens zu dem Abschluß veranlaßt sein sollte.

Urt. v. 5. Nov. 1879. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 4.

Der Hauptzweifel dieses Rechtsstreites dürfte darin bestanden haben, ob man aus den vorliegenden Thatsachen eine Bestellung des T. zum Handelsbevollmächtigen zu entnehmen habe, dergestalt, daß dieser als **allgemein** zum Abschluß von Handelsgeschäften für den Beklagten ermächtigt habe gelten können. Wurde diese Frage, welche im wesentlichen thatsächlicher Natur ist, bejaht, dann ergab sich die Haftbarkeit des Beklagten aus dem Geschäftsabschluß des T. von selbst.

Wäre freilich die Theorie richtig, daß ohne wirkliche Übereinstimmung des Willens der Kontrahenten ein Vertragsabschluß niemals zu stande kommen könne, daß vielmehr derjenige, welcher ohne wirklichen Willen die äußere Erscheinung eines Vertragsabschlusses herbeigeführt, dem gutgläubigen Mitkontrahenten nur aus culpa in contrahendo für das „negative Interesse“ hafte; so würde — wenn anders die Behauptung des Beklagten, daß er nur zur Bestellung von 1/8 zölligem Blech Auftrag gegeben, auf Wahrheit beruht — auch hier ein Fall dieser Art gegeben sein. In einem von mir in **Iherings** Jahrbüchern Bd. 14 S. 393 ff. veröffentlichten Aufsatze: „Über Irrungen im Kontrahieren“ hatte ich zur Bekämpfung jener Theorie unter anderem (S. 402) den Satz aufgestellt: „Wer jemanden eine Vollmacht zu einem nur allgemein bezeichneten Geschäft (z. B. zur Prozeßführung, zur Abschließung eines Vergleichs) ausstellt, muß die nach dieser Vollmacht vorgenommenen Handlungen seines Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen, sollten diese auch der ihm daneben gegebenen Instruktion nicht entsprechen.“

Ich hielt diesen Satz für unbestreitbar, habe aber darin geirrt. **Windscheid**, der von neuem jene Theorie verteidigt*),

*) Vgl. dessen Studie: „Willen und Willenserklärung“, herausgegeben zur Feier des Andenkens an B. F. R. **Lauhn**; auch abgedruckt im Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 72 ff.

sagt in Entgegnung darauf (§ 8): „Ich glaube es wird unterschieden werden müssen. Wie liegt der Fall? Durch die Ausstellung der Vollmacht ist erklärt worden, daß der Vertrag so, wie der Vorzeiger der Vollmacht denselben abschließen werde, dem Willen des Vollmachtgebers entspreche; hinterher oder vielleicht gleichzeitig wird das Gegenteil erklärt. In einem solchen Fall kann nun möglicherweise dem Aussteller der Vollmacht Arglist zur Last fallen. Dann liegt ein besonders gearteter Fall der Mentalreservation vor.“ (In diesem Fall will W. die Haftung aus dem Vertrage gelten lassen.) „Der Fall ist aber auch so zu denken, daß der Aussteller, wenn auch vielleicht unüberlegterweise, doch im guten Glauben, der ausgestellten allgemeinen Vollmacht eine beschränkende mündliche Instruktion hinzufügt. Dann aber sehe ich keinen Grund ein, weswegen der von dem Bevollmächtigten gegen die Instruktion abgeschlossene Vertrag für den Aussteller der Vollmacht verbindlich sein sollte. Er ist doch eben nicht mit seinem Willen abgeschlossen worden, und die Behauptung, daß er dennoch an denselben gebunden sei, weil der andere Kontrahent habe annehmen müssen, daß der Vertrag mit seinem Willen abgeschlossen werde, ist eben — Behauptung. Wir kommen damit nicht weiter. Es wird natürlich vorausgesetzt, daß der andere Kontrahent nicht etwa Ersatz für eine Aufopferung verlange, die er deswegen gemacht hat, weil er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen hat, sondern eben Erfüllung.“

Auf diese Darlegung, die, wenn man ihr praktisch Folge gäbe, zu den bedenklichsten Ergebnissen führen würde, enthält die obige Entscheidung die Antwort der Praxis. In gleicher Weise ist entschieden worden in den Fällen bei Seuffert Arch. Bd. 12 Nr. 60; Bd. 18 Nr. 134; Bd. 28 Nr. 129. Selbst für ein betrügliches Handeln seines Bevollmächtigten beim Kontrahieren haftet der Vollmachtgeber (Entsch. d. ROHG. Bd. 6 Nr. 91; Bd. 15 Nr. 10).

Anders liegt der Fall, wenn der Dritte mit dem Stellvertreter nicht auf Grund einer diesem erteilten offenen Vollmacht, sondern lediglich auf dessen Versicherung, einen entsprechenden Auftrag zu haben, kontrahiert. In diesem Falle haftet der Auftraggeber nur im Umfange des von ihm wirklich erteilten Auftrags (Entsch. d. ROHG. Bd. 19 Nr. 26; wo übrigens noch besonders untersucht wird, ob nicht etwa der Auftraggeber zu der Annahme Veranlassung gegeben, daß sein Beauftragter zu dem Abschlusse befugt sei; in welchem Falle er nach dem Grundsatze der bona fides aus dem Vertrage haftbar gemacht werden könnte.) Leugnet in einem Fall dieser Art der angebliche Auftraggeber die Beauftragung überhaupt oder in dem Umfange, in welchem der Stellvertreter für ihn gehandelt hat, so muß natürlich der Dritte Beweis führen

(Seuffert Arch. Bd. 12 Nr. 156); er kann jedoch beanspruchen, daß ihn dabei der Stellvertreter prozessualisch vertrete. Vermag dieser den Beweis des ihm erteilten Auftrags nicht zu erbringen, so haftet er selbst (als falsus procurator) aus dem Vertragsabschluß (Entsch d. ROHG. Bd. 22 Nr. 7; Seuffert Arch. Bd. 33 Nr. 252). Er wird jedoch frei, wenn er nachweist, daß der Dritte den Mangel seiner Beauftragung gekannt (Entsch. d. ROHG. Bd. 17 Nr. 40). — Vgl. auch die folgende Besprechung.

III. Klage aus einem vertragswidrig benutzten Wechsel.

1. Der Klage eines Indossanten aus einem Wechsel, dessen Summe in der Zifferbezeichnung auf einen geringeren Betrag lautete, als in der Buchstabenbezeichnung, wurde der Einwand entgegengesetzt, daß bei dessen Begebung nur die Zifferbezeichnung ausgefüllt gewesen, die Buchstabenbezeichnung dagegen von dem Empfänger gegen den Willen des Ausstellers mit einer höheren Summe nachträglich ausgefüllt worden sei. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz verwarf das RG. (Sen. 1) diesen Einwand.

Ob eine Änderung oder Ausfüllung eines mit Namensunterzeichnung versehenen Papiers, welches objektiv als Wechsel sich darstellt, geeignet sei, eine aus dem Wechselrecht selbst entspringende Einrede nach Maßgabe des Art. 82 der WO. zu begründen, kann nur aus dem Wechselrecht entnommen werden. Maßgebend in dieser Beziehung ist die vom Gesetzgeber gewollte Sicherheit des Wechselverkehrs, in Verbindung mit allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung bewußter Handlungen. Der Gesetzgeber hat entschieden gewollt, daß der Wechsel in seiner Form Träger des Wechselrechts sei, und daß seine Form für das wechselrechtliche Verhältnis aller im Wechselverbande stehenden Personen entscheide. Es ist entschieden vernünftig*), daß der gutgläubige Erwerber eines äußerlich unverdächtigen, die echte Unterschrift tragenden Wechsels nicht dadurch von seinem Recht ausgeschlossen wird, daß ein Dritter das ihm von dem Wechselzeichner geschenkte Zutrauen durch Einzeichnung einer unrichtigen Wechselsumme mißbraucht hat. Vielmehr muß der Wechselzeichner die urkundlich erscheinende Verpflichtung als Folge seines eigenen Verschuldens dem gutgläubigen Erwerber gegenüber erfüllen. Dies nicht allein, wenn jemand ein Wechselformular ohne alle Ausfüllung unterzeichnet, sondern auch wenn er diejenige Einzeichnung offen läßt, welche nach Art. 4 Nr. 2 der WO. bei Abweichungen allein entscheidet.

Urt. v. 16. Okt. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 26.

2. Kläger klagten aus einem mit Blankoindossament des Ausstellers versehenen Wechsel wider den Acceptanten. Letzterer wandte ein, daß der Wechsel zwar von dem Aussteller F. zur Bezahlung einer Schuld den Klägern zugeschickt sei, diese aber die Annahme abgelehnt haben, und hiernächst F., unter Rücknahme seines Angebots des

*) Diese Worte sind auch im Original hervorgehoben.

Wechsels, den größten Teil der Wechselsumme bar eingesandt habe. Kläger bestritten die Zulässigkeit dieser Einrede nach Wechselrecht, behaupteten einen der Wechselsumme gleichkommenden Betrag noch an F. zu fordern zu haben, und beriefen sich auf das ihnen an dem Wechsel zustehende kaufmännische Retentionsrecht. In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen erachtete das RG. (Sen. 3) den Wechselanspruch für ausgeschlossen.

Die Einrede ist nach Art. 82 der WO. im Wechselrecht begründet. Zum Übergange des Wechselanspruchs auf eine dritte Person ist die bloße Erlangung des Besitzes des mit entsprechendem Indossament versehenen Wechsels nicht ausreichend; es ist dazu vielmehr ein durch Indossament bethätigter, im Geben und Nehmen des Wechsels beruhender Wechselvertrag erforderlich. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sowie aus den Bestimmungen der WO. . . . Der Art. 36 der WO. ergibt nur, daß der Besitz eines gehörig indossierten Wechsels zur Legitimation des Inhabers genügt; daraus folgt allerdings, daß einem Nachmanne die Einrede des unrechtmäßigen Besitzes seines Vormannes nicht entgegengestellt werden kann; aber zu Gunsten des zeitigen Inhabers beruht diese Legitimation nur in der Präsumtion der Rechtmäßigkeit seines Besitzes, und sie kann daher durch den Beweis, daß der Kläger den Wechsel nicht in rechtmäßiger Weise erlangt habe, widerlegt werden. — Durch ein etwaiges Retentionsrecht der Kläger ist die Klage nicht zu begründen.

Urt. v. 27. Sept. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 20.

Die vorstehenden Entscheidungen bilden wiederum eine Illustration zu der (inhaltlich der vorigen Nummer) zwischen Windscheid und mir streitigen Lehre. Im Gegensatz zu einer Äußerung Iherings hatte ich meinerseits den Satz aufgestellt: „Der Aussteller eines wider seinen Willen in Kurs gelangten Wechsel haftet aus dem Wechsel dem gutglaubigen Indossatar und allen dessen Nachindossataren; gerade so, wie er auch dem Trassaten Deckung zu leisten hat, welcher den Wechsel in gutem Glauben acceptiert und bezahlt hat oder den von ihm gutgläubig acceptierten, in gutgläubige Hand gelangten Wechsel bezahlen muß. Es ist das m. E. eine notwendige Konsequenz des Wechselinstituts. Wer das nicht will, möge sich hüten, Wechsel anzufertigen, die gegen seinen Willen in die Welt laufen.“ Auch hatte ich die Ansicht ausgesprochen, daß, wenn ein Schuldner auf eine in völlig unverdächtiger Weise ihm von einem Dritten überbrachte Quittung Zahlung leiste, es sich verteidigen lasse, daß der Aussteller der Quittung es zu tragen habe, wenn diese zwar wider seinen Willen, aber durch seine Schuld in die Hand des Überbringers gelangt wäre; so wie dies im Gebiete des Handelsrecht bereits durch Art. 296 des HGB. anerkannt sei. Dagegen könne, wenn ein Darlehnsschein gestohlen und cediert sei, der Cessionar, auch wenn er im besten Glauben

wäre, selbstverständlich keine Rechte daraus geltend machen*). Hiergegen bemerkt Windscheid**): „Bähr nimmt keinen Anstand, den Aussteller eines wider seinen Willen in Kurs gelangten Wechsels dem gutgläubigen Indossatar und allen dessen Nachindossataren haften zu lassen, den Aussteller einer entwendeten Quittung für verpflichtet zu erklären, die auf die Quittung von dem gutgläubigen Schuldner geleistete Zahlung anzuerkennen. Ich wüßte nicht, wie die Konsequenz abgelehnt werden soll, daß auch derjenige, auf dessen Namen ein Wechsel oder eine Quittung gefälscht worden sind, verhaftet sei und geleistete Zahlung anerkennen müsse. Das Interesse des Indossatars und des Schuldners ist in diesem Falle das gleiche, wie in jenen beiden obengenannten Fällen. Man wird vielleicht sagen, daß in dem Fälschungsfalle gar keine Erklärung vorliegt, sondern nur der Schein einer solchen, während in jenen beiden anderen Fällen jedenfalls eine Erklärung abgegeben sei. Aber ich glaube nicht, daß das letztere richtig ist; die schriftliche Erklärung ist nicht eher abgegeben, bis der Schreiber sich des Geschriebenen entäußert hat. Auffallenderweise will Bähr den Fall anders entscheiden, wo jemand, welcher ein Darlehn gegen Aushändigung eines zu seinen Gunsten ausgestellten Schuldscheins zugesagt hat, dem Unterzeichner des Schuldscheins denselben, ohne das Darlehn gegeben zu haben, entwendet und einem Dritten cediert; der Dritte soll in diesem Fall, ‚auch wenn er in bestem Glauben sich befand', keine Forderung gegen den Unterzeichner haben; ‚denn der Cessionar kann niemals mehr Recht erwerben, als sein Cedent hätte'. Ich nenne diese von Bähr gegebene Entscheidung auffallend; denn auf dem Standpunkte, auf welchen er sich gestellt hat, muß, wie mir scheint, Recht oder Nichtrecht des Übertragenden vollkommen gleichgültig erscheinen."

Diese Anschauung Windscheids findet in den obigen Entscheidungen ihre Widerlegung.

In der Entscheidung 1 liegt zwar nicht der Fall vor, daß ein fertiger Wechsel wider den Willen des Ausstellers in Kurs gesetzt ist; wohl aber der völlig gleichartige, daß ein unfertig in Kurs gesetzter Wechsel wider den Willen des Ausstellers mit einer falschen Summe ausgefüllt ist. Auch hier ist also der äußeren Erscheinung nach ein Wechsel geschaffen, welcher dem wirklichen Willen des Ausstellers nicht entspricht. Gleichwohl soll dieser haften, nicht etwa für das „negative Interesse", sondern für die leibhaftige Verbindlichkeit aus dem Wechsel. Warum? Es wird ihm gesagt: „es ist deine Schuld, wenn ein Wechsel in untadel-

*) Meine Abh. in Iherings Jahrb. Bd 14 S. 413 ff.
**) In der oben (S. 4) angeführten Abhandlung § 3.

hafter Form, welcher deinen Namen trägt, in die Welt gegangen ist; und du haftest, trotz mangelnden Willens, gerade so, als ob du wirklich gewollt hättest".

In dem Rechtsfall 2 handelte es sich in Wahrheit um einen Wechsel, der nicht durch einen wirklichen Begebungsakt, sondern nur zufällig in den Besitz des Klägers gelangt war, von diesem aber zur Einklagung benutzt wurde. Hier wird die Verpflichtung des Beklagten verneint, weil bei mangelndem Willen des Ausstellers, Rechte aus dem Wechsel zu übertragen, Kläger auch Rechte aus solchem nicht erworben habe. Ausdrücklich wird aber gesagt, — und damit tritt die Entscheidung wiederum der Ansicht Windscheids entgegen, — daß dem Nachmanne, natürlich seinen gutgläubigen Erwerb vorausgesetzt, die Einrede des unrechtmäßigen Besitzes seines Vormannes nicht entgegengesetzt werden könne.

Im Sinne dieser Urtheile ist auch früher schon vielfach entschieden worden (vgl. Seuffert Archiv Bd. 35 Nr. 73 u. d. dort. Nachweisungen; ferner das. Nr. 159, 242, 327; Bd. 36 Nr. 227, 291; Entsch. d. ROHG. Bd. 6 Nr. 10; Bd. 21 Nr. 106). Die Entsch. d. ROHG. Bd. 25 Nr. 17 stimmt mit dem obigen Rechtsfall 2 genau überein. Von der Haftbarkeit des Ausstellers aus einer Blankoquittung handelt die Entsch. d. ROHG. Bd. 11 Nr. 13).

Wäre dagegen die Namensunterschrift unter einem Wechsel oder ein bei der Begebung bereits ausgefüllter Teil des Wechsels gefälscht, so würde daraus eine Einrede (exceptio falsi) gegen jeden Inhaber desselben erhoben werden können (Entsch. d ROHG. Bd. 23 Nr. 73). Worin, möchte ich Windscheid fragen, liegt wohl der Unterschied?

Die Entscheidung 1 nimmt unter anderm darauf Bezug, daß das von ihr entwickelte Ergebnis „entschieden vernünftig" sei. Auch in einer anderen Entscheidung des RG. (Sen. 1), welche in vortrefflicher Weise ausführt, daß die Zahlung des Preises für Warenquantitäten gegen Übergabe des Konossaments nicht die Bedeutung einer Anerkennung vertragsmäßiger Erfüllung habe, und daher vom Käufer zurückgefordert werden könne, wenn der Verkäufer nicht vertragsmäßig erfüllt habe, wobei diesen die Beweislast treffe*), — auch in dieser Entscheidung wird das „Verkehrsbedürfnis" betont, und das gezogene Resultat auf den „vernünftigen allgemeinen Verkehrswillen" zurückgeführt. Da ähnliche Äußerungen auch in meiner vorerwähnten Abhandlung zu Gunsten der von mir gezogenen Ergebnisse vorkamen, so sagte Windscheid in Bekämpfung der ihm widerstrebenden Lehre: „Das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle"; und an späterer Stelle: „Ich fürchte,

*) Entscheidungen des RG. Bd. 3 Nr. 26.

Rechtsgefühl und das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit sind für die positive Geltung eines Rechtsatzes sehr ungenügende Grundlagen." Mit gleichem Recht würde derselbe dem obigen RG.-Urteil gegenüber sicherlich auch sagen können: „Das entschieden Vernünftige ist keine Rechtsquelle." Da so diese Frage sich öfters wiederholt, möge mir es gestattet sein, bei dieser Gelegenheit meine Ansicht darüber etwas näher auseinanderzusetzen.

Es wird in unserer gesamten Rechtswissenschaft nicht genügend Gewicht gelegt auf die Unterscheidung zweier Bestandteile unseres Rechtes, die, wenn auch eine völlig scharfe Trennung derselben nicht durchführbar ist, doch eine durchaus verschiedene Natur haben. In unserm Rechte sind zu unterscheiden einerseits diejenigen Regeln, welche einen positiven, in sich abgeschlossenen Rechtssatz aufstellen, und andererseits diejenigen Regeln, welche eine solche positive Natur gar nicht beanspruchen, weil sie das Ziel, das ihnen vor Augen schwebt, damit nicht erreichen könnten. Dieses Ziel ist kein anderes, als dasjenige auszusprechen, was in der Natur der Dinge liegt. Es sei gestattet, jene Regeln *positives*, diese *wissenschaftliches* Recht zu nennen. Während das positive Recht in dem Inhalt des Gesetzes (oder auch eines an dessen Stelle tretenden fest ausgebildeten Gerichtsgebrauchs) seine bestimmte Grenze findet, verlangt dagegen das wissenschaftliche Recht eine freiere Behandlung durch die Wissenschaft, welcher auf diesem Gebiet durch die Aussprüche unserer Rechtsquellen nur die Richtung angegeben ist, in welcher sie sich zu bewegen hat, die aber nicht gehindert sein darf, den freien wissenschaftlichen Denkprozeß, der jenen Aussprüchen zu Grunde liegt, ihrerseits fortzusetzen und weiterzuführen. Heutzutage ist man freilich bemüht, überall das Recht in Gesetzesparagraphen einzufangen, und man ruft dadurch den falschen Schein hervor, als wäre alles Recht nur positiver Natur, eine willkürliche Schöpfung. Im röm. Recht dagegen tritt uns jener Gegensatz weit klarer und lebendiger vor Augen. Der größte Teil der Pandekten und viele Kodexstellen sind nur wissenschaftliches Recht. Man hat es wohl getadelt, daß Justinian das größte seiner Rechtsbücher in der Form von Auszügen aus den Schriften alter Juristen hat aufstellen lassen. Meiner Ansicht nach hat er damit sehr weise gehandelt. Er hat schon in dieser Form zu erkennen gegeben, daß er nicht eine Buchstaben-Jurisprudenz, sondern eine solche schaffen wollte, in welcher der Geist der Wissenschaft lebendig bliebe. Nur hierdurch hat das röm. Recht die Welt erobert. Während das, was im röm. Recht positiv ist, vielfach veraltet und nicht mehr der Aufrechthaltung wert ist, bildet dagegen das in ihm vorhandene wissenschaftliche

Recht eine lebendige Quelle rechtlichen Erkennens, die auch noch unsere Bedürfnisse befriedigen kann, wenn man sie nur recht zu gebrauchen versteht.

Das wissenschaftliche Recht unserer Rechtsbücher tritt uns entgegen zum großen Teil in den Entscheidungen einzelner Fälle; einer Art Präjudiziensammlung. Es ist unsere Aufgabe, in das Wesen und den Geist dieser Entscheidungen einzudringen und daraus die für uns anwendbaren Rechtsregeln zu bilden. Vielfach haben aber auch die römischen Juristen selbst die Rechtsregeln gezogen und in mehr oder minder allgemeinen Sätzen aufgestellt. Sie waren jedoch der Schwierigkeit und Gefahr solcher Abstraktionen viel zu sehr sich bewußt, als daß sie für solche eine absolute Geltung in Anspruch genommen hätten. Das spricht der geistvollste römische Jurist, Paulus, ganz offen aus, indem er sagt, das Recht leite sich nicht aus der Regel, sondern die Rechtsregel leite sich ab aus dem Rechte, welches besteht — jus, quod est — und deshalb verliere die Rechtsregel ihre Anwendbarkeit, wo sie im Sinne des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgedankens nicht zutreffe. Daß aber auch die Juristen Justinians nur in diesem Sinne die von ihnen gesammelten Aussprüche angewendet wissen wollten, beweist die Thatsache, daß sie jenen Ausspruch des Paulus an die Spitze des Titels de regulis juris stellten.

Manche unserer Juristen scheinen aber von einem „jus, quod est" nur geringe Vorstellung zu haben. Statt die im röm. Recht uns überlieferten Rechtsgedanken weiter zu denken und für unsere (vielfach veränderten) Verhältnisse dienstbar zu machen, behandeln sie das uns überlieferte Material wie eine Art Geduldspiel, aus welchem man Steinchen an Steinchen, wie sie gerade zu passen scheinen, aneinanderzusetzen habe. Da kann es ihnen denn leicht begegnen, daß die von ihnen zusammengelegten Figuren an der Stelle der Beine die Arme und umgekehrt sitzen haben.

Das Lebenselement, in welchem sich das wissenschaftliche Recht der römischen Juristen bewegt, ist die „Natur der Dinge", das „Bedürfnis des Verkehrs", das „entschieden Vernünftige", oder wie man es sonst nennen mag. Denn das alles sind Ausdrücke, die im Grunde genommen dasselbe bezeichnen. Die römischen Juristen wollten vor allem ein praktisches Recht schaffen; und wenn auch einzelne zum Theoretisieren geneigte unter ihnen waren, so bildeten sie doch nicht die Mehrzahl. Wenn aber das Bedürfnis des Verkehrs 2c. das Lebenselement des Rechtes war, welches sie schufen, so dürfen auch wir dieses Lebenselement verwerten, um das von ihnen geschaffene Recht richtig zu erkennen und geeignetenfalls weiter zu bilden. In diesem Sinne wird, so

lange wir noch eine ihrer Aufgabe sich bewußte Praxis haben, für diese „das entschieden Vernünftige“ stets eine Rechtsquelle bleiben, so sauer ihm auch oft das Leben gemacht werden mag*).

Auch das, was die römischen Juristen uns über Willen und Willenserklärung sagen, sind unzweifelhaft nicht positive Sätze, sondern sie haben nur das, was in der Natur der Sache liegt, entwickeln wollen. Ihre Aussprüche sind daher wissenschaftliches Recht, welches unserer freien wissenschaftlichen Behandlung unterliegt. Ihren allgemein gehaltenen Sätzen, wonach eine Willenserklärung ohne wirklichen Willen unverbindlich sei, stehen eine Menge Einzelerscheinungen, teils schon im röm. Recht, teils in unserer heutigen anerkannten Praxis gegenüber, welche beweisen, daß jene Sätze nicht auf absolute Geltung Anspruch machen können. Zu diesen Erscheinungen gehören auch die in den hier (Nr. II und III) besprochenen Rechtfällen enthaltenen. Sie ergeben klar, wie es in den Bedürfnissen des Verkehrs begründet ist, daß derjenige, welcher durch seine Schuld Erscheinungen hervorruft, durch welche Dritte ihrem guten Glauben nach Recht erworben haben, ebenso haftet, als ob er diese Rechte ihnen wirklich übertragen habe.

Übrigens würde man Windscheid sehr unrecht thun, wenn man annehmen wollte, daß nicht auch er seine Rechtsanschauungen bildete mit Rücksicht auf die „Bedürfnisse des Verkehrs“. Bezeichnet er doch selbst schon im Eingange seines Lehrbuchs (§ 6) die Begriffe des röm. Rechts als „immer elastisch, immer bereit sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnisse zu öffnen“. Auch seine Abhandlung über den hier fraglichen Gegenstand gibt davon Zeugnis. Für einen großen Teil der Fälle, welche ich als unter jenes Prinzip fallend entwickelt habe, erklärt er sich einverstanden, nicht, weil er römische Stellen dafür anzuführen vermöchte, sondern weil er eben fühlt, daß es nicht anders geht. Und da sucht er dann einige Gründe auf, welche diese Fälle als Ausnahmen rechtfertigen sollen, um so für die übrigen Fälle sein Prinzip zu retten. In Aufstellung der letzteren Fälle ist er aber, wie mir scheint, nicht ganz glücklich gewesen. Denn es fallen darunter zunächst diejenigen Fälle, auf welche die hier besprochenen Entscheidungen des RG. eine Antwort geben. Es fällt ferner darunter die Lehre, welche Windscheid jetzt — sich selbst verbessernd — für die logische Interpretation aufstellt (§ 13); eine Lehre, die, wenn sie die Praxis annehmen wollte, für sie geradezu verhängnisvoll werden würde. Andrerseits sucht Windscheid die von mir ver-

---

*) Mit Vorstehendem soll übrigens nicht gesagt sein, daß das „entschieden Vernünftige“ nicht auch für das richtige Verständnis von Gesetzen positiver Natur anwendbar wäre.

tretene Ansicht dadurch zu entkräften, daß er mir Konsequenzen zuschiebt, die ich für völlig unbegründet erklären muß. Weil ich die Ansicht vertrete, daß ein zum Scherz ausgestellter Wechsel dem gutgläubigen Erwerber ganz ernsthaft bezahlt werden müsse, so findet er es auffallend, daß ich nicht auch der Ansicht sei, daß ein entwendeter Darlehnsschein mit einer darauf gesetzten Cessionserklärung eine Darlehnsforderung begründe. Ich kann meinerseits nur erklären, daß ich es auffallend finde, wenn Windscheid den Unterschied beider Fälle nicht zu erkennen vermag.

Aber auch in den Fällen, in welchen Windscheid sein Prinzip aufrecht erhalten wissen will, lehnt er ja nicht jeden obligatorischen Anspruch ab. Er schließt sich vielmehr in wesentlichen Beziehungen der Lehre Ihering's über culpa in contrahendo und das deshalb zu gewährende „negative Interesse“ an*). Reden wir aber doch einmal ganz offen unter einander. Die Lehre Iherings ist ja nicht den römischen Rechtsquellen entnommen. Sie ist von Ihering aufgestellt, um einem praktischen Bedürfnisse zu genügen. Daß auf dem fraglichen Gebiete ein praktisches Bedürfnis vorhanden sei, welches durch diejenige Lehre, die man vordem aus unseren Rechtsquellen herausgelesen, nicht befriedigt werde, das hat — nachdem der bekannte Frankfurter Telegraphenfall wie eine Bombe in die ganze Lehre hineingeschlagen — Ihering richtig erkannt. Bei Ausfüllung der Lücke ist ihm aber sein sonst so glücklicher Sinn für juristische Konstruktion nicht ganz treu geblieben. Seine Lehre ist nicht praktisch, wie dies namentlich die Art und Weise, wie er selbst die von ihm beispielsweise aufgestellten praktischen Fälle darnach entscheiden will, für den Praktiker fühlbar macht**). Das der Grund, weshalb ich sie bekämpfe. Wer nun aber der Iheringschen Lehre sich anschließt, der hat wahrlich keinen Grund, als ein quellengetreuer Mann mit Stolz zu sagen: „Ich fürchte, Rechtsgefühl und das Gefühl praktischer Gerechtigkeit sind für die positive Geltung eines Rechtssatzes sehr ungenügende Grundlagen.“ Er ist besser, als der Ruf, den er sich mit diesen Worten bereiten möchte.

---

*) Vgl. Pandekten § 307 Nr. 5, § 315 Nr. 7. Dabei argumentiert Windscheid selbst wider die entgegenstehenden Stellen des röm. Rechts mittels des Satzes: „Aber die actio doli leistet nicht, was das Bedürfnis des Verkehrs verlangt.“

**) So ist auch Mommsen „Über die Haftung der Kontrahenten bei Abschließung von Schuldverträgen“ fast in allen praktischen Fragen mit mir einverstanden. Vgl. auch Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 Nr. 1, insbesondere S. 62, 68.

Nach dieser Darlegung kann ich es nicht für unberechtigt halten, bei Rechtsausführungen auch auf das „Rechtsgefühl“, das „praktische Bedürfnis“, das „entschieden Vernünftige“ Bezug zu nehmen. Sind dieselben auch keine „Rechtsquelle“, so sind sie doch eine Quelle unserer Rechtsquellen und deshalb für deren Verständnis und praktischen Gebrauch unentbehrlich.

IV. Staatliche Rechte und Pflichten in Beziehung auf Stiftungsvermögen. Herkommen als Grundlage der Verwendung von solchem.

Das Hauptkirchenärar der Johanniskirche zu Hanau ist ein seit mehreren Jahrhunderten bestehendes Stiftungsvermögen, dessen Einkünfte teils für bestimmte Kirchen, teils für bestimmte Schulen verwendet werden. Eine dieser Schulen war die (von einem lutherischen Landesherrn) im Jahre 1668 gegründete, unter der Leitung des lutherischen Konsistorium stehende lateinische Schule, welche die Bezeichnung „lutherisches Gymnasium“ führte, und deren Lehrer bestimmte Besoldungen aus dem genannten Ärar bezogen. Daneben bestand die (von einem reformierten Landesherrn) im Jahre 1607 gestiftete, unter der Leitung des reformierten Konsistoriums stehende „hohe Landesschule“. Beide Anstalten dauerten fort bis zum Jahre 1812. In diesem Jahre nahm die damalige Regierung des Großherzogtums Frankfurt eine Umgestaltung des Schulwesens vor. Alle öffentlichen Schulen wurden unter Staatsaufsicht gestellt, die Lehrer als Staatsdiener angestellt. An der Stelle der „hohen Landesschule“ wurde ein Gymnasium, an der Stelle des „lutherischen Gymnasiums“ eine Bürger- und Realschule errichtet. Der letztern wurden die bisherigen Einkünfte des „lutherischen Gymnasiums“, darunter auch die Beiträge des Hauptkirchenärars, zugewiesen, und von da an unweigerlich gezahlt. Im Jahre 1818 fand eine Vereinigung der reformierten und lutherischen Kirchen der Grafschaft Hanau zu einer unierten Kirche statt. Im Jahre 1873 gingen durch eine Vereinbarung zwischen Staat und Stadt die Realschule als Kommunalanstalt an die Verwaltung der Stadt über. Fortan verweigerten die Vertreter des Kirchenärars die bisher geleisteten Beiträge zu den Lehrergehalten, indem sie das Recht in Anspruch nahmen, dieselben für Zwecke der Kirche zu verwenden.

Die von den Aufsichtsbehörden in den Rechtsweg verwiesene Stadt klagte hierauf gegen das Hauptkirchenärar auf Fortentrichtung der fraglichen Beiträge. In 1. Instanz wurde das letztere klaggemäß verurteilt. Die 2. Instanz dagegen wies die Klage ab. Das Urteil sprach aus:

Es könne dahin gestellt bleiben, ob Kirchenärar und lutherisches Gymasium zwei verschiedene Stiftungen gewesen seien und demgemäß Rechte und Verpflichtungen zwischen beiden haben bestehen können, oder ob das Gymnasium nur als ein „Annexum“ der Johanniskirche und somit ein bloßer Bestandteil der e i n e n Gesammtstiftung im Sinne des Stifters gewesen sei. Jedenfalls sei ein Verpflichtungsverhältnis,

wenn es bestanden habe, erloschen zufolge der Vorgänge des Jahres 1812. Unbestritten sei das frühere Gymnasium ein lutherisches gewesen, sei auf lutherische Kirchenmittel angewiesen, und als Werkzeug der Ausbreitung und Befestigung der lutherischen Lehre, im Gegensatz zum Calvinismus, gedacht. Im Jahre 1812 sei eine „Realschule" an die Stelle gesetzt, als eine allen Zusammenhangs mit der Kirche entkleidete, rein staatlich regierte, für Zöglinge aller Konfessionen geöffnete*), Zwecken gewerblicher Berufsvorbereitung dienende Anstalt. Dieses Verhältnis habe auch unter der wiederhergestellten kurhessischen Regierung keine Änderung erfahren. Durch diese Umgestaltung sei aber der Stiftungszweck des lutherischen Gymnasiums erloschen, und habe damit das dem Kirchenärar gegenüberstehende berechtigte Subjekt, und folgeweise auch die bisherige Verpflichtung, zu existieren aufgehört. Zu dieser Annahme berechtige schon die Beseitigung des lutherisch-kirchlichen Charakters der Schulanstalt. Es sei aber auch der Charakter derselben als Gymnasium beseitigt worden. Von einer Rechtsnachfolge der Realschule könne daher, bei völliger Verschiedenheit des Stiftungszwecks, nicht die Rede sein. Ebensowenig sei aber auch später ein Verpflichtungsgrund für das Ärar entstanden. Die Zuweisung der Beiträge durch die Staatsgewalt und die thatsächliche Befolgung der desfallsigen Anordnungen durch die Kirchenbehörde enthalte keinen solchen Verpflichtungsgrund. In jenen Anordnungen seien nur staatsgewaltliche Zwangsauflagen enthalten; und die Befolgung derselben lasse um so weniger die Absicht, ein neues Rechtsverhältnis zu begründen, erkennen, als nach allem, was vorliege, damals (1812) nicht einmal ein Zweifel über die Fortdauer der bisherigen Leistungspflicht des Ärars aufgetaucht sei. Auch die langjährige Fortsetzung der streitigen Leistung könne keinen Verpflichtungsgrund abgeben, da die Erfüllung einer bloßen Obligation keine Grundlage für eine Ersitzung bilde.

Auf erhobene Revision der klagenden Stadt stellte das RG. (Sen. 3) das Urteil 1. Instanz wieder her, aus folgenden Gründen:

Das Hauptkirchenärar der Johanniskirche bildet ein in den letzten beiden Jahrhunderten für kirchliche Zwecke geschaffenes Stiftungsvermögen. Kirchliche Zwecke im Sinne vergangener Jahrhunderte umfaßten aber nicht allein Zwecke der Kirche im engeren Sinne, sondern auch Zwecke der Schule, indem die Schule als Zubehör der Kirche galt. In welchem Maße das fragliche Stiftungsvermögen einerseits für kirchliche Zwecke im engeren Sinne, andrerseits für Schulzwecke bestimmt war, läßt sich, beim Mangel urkundlicher Nachweisung der der Stiftung ursprünglich gegebenen Bestimmung, nur nach dem Herkommen bemessen. In dieser Beziehung steht es fest, daß das Kirchenärar geraume Zeit bis zum Jahre 1812 bestimmte Beiträge für die Besoldung der Lehrer des lutherischen Gymnasiums zu Hanau leistete. Man muß hiernach annehmen, daß das Kirchenärar zur

*) Es ergaben jedoch die apponierten Verwaltungsakten, daß auch schon im vorigen Jahrhundert sowohl das lutherische Gymnasium, wie die hohe Landesschule Zöglingen aller Konfessionen geöffnet war.

Leistung dieser Beiträge stiftungsmäßig verpflichtet war, wobei es völlig dahingestellt bleiben kann, ob jenem Gymnasium eine selbständige juristische Persönlichkeit beizulegen war oder nicht. Wenn nun im Jahre 1812 die damalige Regierung des Großherzogtums Frankfurt das lutherische Gymnasium aufhob, an dessen Stelle eine Realschule errichtete, und dieser die bisher dem Gymnasium geleisteten Beiträge des Kirchenärars überwies, so machte sie nur von den ihr staatsrechtlich zustehenden Rechten Gebrauch. Es stand ohne Zweifel in dem Ermessen der Staatsregierung, ob sie das, eine öffentliche Schule bildende, lutherische Gymnasium nach Maßgabe der Orts- und Zeitverhältnisse fortbestehen lassen oder aufheben wollte. Hob sie dasselbe auf, so erwuchs für sie staatsrechtlich das Recht und die Pflicht, über das stiftungsmäßig dieser Anstalt zukommende Vermögen Bestimmung zu treffen, und dasselbe, wenn möglich, zu Zwecken, welche der ursprünglichen Stiftung nahe kommen, zu verwenden. Und wenn sie demgemäß für die Verwendung der bisher dem Gymnasium gezahlten Beiträge die an die Stelle des Gymnasiums geschaffene Realschule wählte, so läßt sich hierin nicht, mit dem AG., eine bloße staatsrechtliche Zwangsauflage erkennen, um so weniger, als, wie das AG. selbst hervorhebt, damals von keiner Seite auch nur ein Zweifel über die Fortdauer der bisherigen Beitragspflicht des Kirchenärars auftauchte. Auf Grund jener Überweisung sind dann die fraglichen Beiträge zwei Menschenalter hindurch an die Realschule geleistet worden; und zwar für den größten Teil dieses Zeitraums unter der Herrschaft einer Verfassung, welche ausdrücklich die Vorschrift enthielt, daß da, wo der stiftungsmäßige Zweck einer Stiftung nicht mehr zu erreichen stehe, das Stiftungsvermögen gleichwohl nicht zum Staatsvermögen gezogen, sondern für ähnliche Zwecke verwendet werden soll (§ 138 der kurhessischen Verfassungsurkunde v. 5. Jan. 1831). Auch während dieses langdauernden Zeitraums ist die Rechtmäßigkeit des Bezugs jener Beiträge seitens der Realschule, so viel ersichtlich, niemals angezweifelt worden; und es ist solchergestalt diese Verwendung als eine stiftungsmäßige durch ein erneuertes Herkommen befestigt. Endlich hat das Verhältnis auch nicht dadurch eine Änderung erfahren, daß durch eine Vereinbarung zwischen Staat und Stadt die Realschule auf die letztere übergegangen ist. Vielmehr knüpft sich hieran nur die Folge, daß nunmehr die Stadt die stiftungsmäßigen Rechte der Schule geltend zu machen berufen ist.

Bei dieser Sachlage kann die Rechtmäßigkeit des Bezugs der fraglichen Beiträge seitens der von der Klägerin vertretenen Schule und die Verpflichtung des verklagten Ärars, solche fortzuentrichten, nicht bezweifelt werden. Am wenigsten kann dies aus dem Gesichtspunkt geschehen, daß die Realschule nicht mehr, gleich dem früheren Gymnasium, den Charakter einer lutherischen Schule besitze, nachdem in Hanau der Gegensatz der Kirchen lutherischer und reformierter Konfession durch die im Jahre 1818 erfolgte Einigung beider zu einer unierten Kirche längst zu bestehen aufgehört hat.

Urt. v. 25. Nov. 1879 i. S. Stadt Hanau c. Hanauer Kirchenärar.

In dem vorstehenden Urteil sind zwei Aussprüche bemerkenswert:

1. der Satz, daß bei Aufhebung des lutherischen Gymnasiums die Staatsregierung das Recht und die Pflicht gehabt habe, über das dieser Anstalt stiftungsmäßig zukommende Vermögen Bestimmung zu treffen, und dasselbe, wo möglich, zu einem der ursprünglichen Stiftung nahekommenden Zweck zu verwenden;

2. die Bezugnahme für die Rechtmäßigkeit der bisherigen an das Gymnasium bzw. die Realschule abgeführten Leistungen auf das Herkommen.

Zu 1. Wenn auch positive Grundlagen für diesen Satz nur vereinzelt bestehen, so läßt sich derselbe doch aus dem Verhältnis des Staates zu den Stiftungen im allgemeinen herleiten. Stiftungen, als juristische Persönlichkeiten, die sich nicht selbst zu schützen vermögen, stehen unter dem besonderen Schutze des Staates. Er hat über deren stiftungsmäßiger Aufrechthaltung zu wachen. Andrerseits aber kann unmöglich dadurch, daß bestimmte menschliche Zwecke innerhalb bestimmter nach Maßgabe der Zeitverhältnisse geschaffener Formen ihre Realisierung auf Stiftungen gründen, herbeigeführt werden, daß diese Formen ewig dauern müßten. Sie werden dem Wechsel der Zeitverhältnisse unterliegen; und namentlich wird der Staat den Beruf haben, da, wo es sich um Zwecke handelt, bei denen er selbst wesentlich interessiert ist, die Formen aber sich überlebt haben, mit den ihm zustehenden gesetzlichen Mitteln auf einen solchen durch die Zeitverhältnisse gebotenen Wechsel hinzuwirken.

Aus diesem Doppelberufe des Staates, einerseits die Stiftungen zu schützen, andrerseits aber auch dafür zu sorgen, daß sie nicht in unhaltbaren und schädlichen Formen ihr Dasein fortführen, ergibt sich der Satz, daß der Staat das Recht und die Pflicht habe, da, wo er die unter seiner Herrschaft stehenden Formen, in welchen eine Stiftung bisher sich verwirklicht hat, beseitigt, gleichwohl der Stiftung ihre Existenz in der Art zu bewahren, daß die Verwendung des Stiftungsvermögen für möglichst nahekommende Zwecke in anderer Form erfolge.

Thatsache ist, daß seit der Entwickelung des neueren Staatsrechts in den deutschen Ländern bei vielfachen Gelegenheiten nach diesen Grundsätzen verfahren ist. Man braucht nur daran zu erinnern, wie bei Einführung der Reformation unzählige Klöster 2c. in wohlthätige Anstalten anderer Art verwandelt worden sind. In gleicher Weise ist bei den zahlreichen Säkularisationen, welche der Lüneviller Frieden zur Folge hatte, verfahren worden. Durch den Reichsdeputations-Hauptschluß von 1803 wurden zwar in § 35 alle Güter der fundierten Stifter, Abteien und Klöster

der freien und vollen Disposition des Landesherrn, sowohl zum Behufe des Aufwandes für Gottesdienst, Unterrichts- und andere gemeinnützige Anstalten, als zur Erleichterung ihrer Finanzen überlassen. In § 65 aber wurde bestimmt: „Fromme und milde Stiftungen sind wie jedes Privateigentum zu konservieren, doch so, daß sie der landesherrlichen Aufsicht und Leitung untergeben bleiben." Ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 192—195 des preuß. LR. Tit. II Tl. 6; desgleichen der in dem obigen Urteil angezogene § 138 der vorm. kurhess. Verf.-Urkunde.

Unter den Rechtslehrern lehrt Stobbe (Deutsches Privatrecht § 62 a. E.): „Fällt in Ermangelung einer solchen (subsidiären vom Stifter selbst gegebenen) Verfügung das Vermögen (als bonum vacans) an den Staat, so ist er verpflichtet, es zu seinem ursprünglichen Zweck verwandten Zwecken zu verwenden." Er citiert dafür den vorgedachten § 192 des preuß. LR.

Darnach wird auch der Ausspruch des obigen Urteils gerechtfertigt sein.

Zu 2. Jedermann wird fühlen, wie die Thatsache, daß die fraglichen Beiträge mehr als ein Jahrhundert lang an das lutherische Gymnasium, und dann zwei Menschenalter hindurch an die Realschule ohne Beanstandung von irgend einer Seite gezahlt worden sind, ein Moment bildet, welches bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit dieses Bezugs schwer ins Gewicht fällt. Es konnte sich nur fragen, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt diese Thatsache zu bringen sei.

Man könnte versucht sein in dem andauernden Bezuge einen Quasibesitz an dem Bezugsrechte finden zu wollen, welcher eine Ersitzung durch Zeitablauf zulasse. Dieser Gesichtspunkt dürfte jedoch nicht der richtige sein. Ersitzung greift nur Platz, wo es sich um rein individuell-rechtliche Verhältnisse handelt. Eine solche Natur haben aber die Rechte auf Teilnahme an einer Stiftung nicht. Vielmehr ist hier das an ein dauerndes gleichmäßiges Handeln sich knüpfende Recht unter den Gesichtspunkt der Observanz oder, deutsch ausgedrückt, des Herkommens gebracht.

Daß die „Observanz" im allgemeinen unter den Begriff des Gewohnheitsrechts falle, darüber ist man ziemlich einig. Weniger klar ist man darüber, was für eine engere Bedeutung ihr innerhalb dieses Rechtsbegriffs zukomme.

Vgl. Savigny Syst. Bd. 1 S. 98; Eichhorn Deutsches Privatrecht § 25; Stobbe Deutsches Privatrecht § 23 S. 137; Puchta Gewohnheitsrecht Tl. 2 S. 105—114 und S. 225 ff.; und aus älterer Zeit Häberlin Staatsrecht Bd. 1 § 46 ff.

Der Grund dieser Unklarheit dürfte darin liegen, daß man einen gewissen Gegensatz, welcher unser gesamtes Recht beherrscht

und dieses in zwei große Gruppen zerfallen läßt, nicht mit voller Schärfe aufzufassen pflegt.

Alles Recht beschäftigt sich mit den menschlichen Interessen. Ihre natürliche Vereinigung finden die menschlichen Interessen zunächst in dem einzelnen Individuum. Der geeinigte Komplex seiner Interessen wird unter dem Begriff seiner Persönlichkeit zusammengefaßt. Das Recht nun, welches mit diesen an die einzelnen Individuen als solche geknüpften Rechten sich beschäftigt, bildet die eine große Gruppe unserer Rechtsbildung. Wir fassen sie unter dem Namen des Privatrechts zusammen.

Menschliche Interessen können aber noch in einer anderen Weise Gegenstand des Rechts sein. Es können die Interessen verschiedener Individuen zu einem Gesamtinteresse vereinigt werden, dergestalt, daß die einzelnen betheiligten Individuen sich diesem Gesamtinteresse mehr oder weniger unterordnen, und daß die Rechte und Pflichten, mit denen sie an diesem Gesamtinteresse beteiligt sind, aus ihrer Unterordnung unter diese organische Einigung sich bestimmen. Dem solchergestalt geeinigten Gesamtinteresse pflegen wir nicht minder, als dem einzelnen Individuum, das Recht der Persönlichkeit zuzuerkennen, und wir reden dann von einer juristischen Person. Die Bedeutung der juristischen Personen besteht also zunächst darin, daß sie, gleich den physischen, am Privatrechtsverkehr teilnehmen; und insofern wird von ihnen im Privatrecht gehandelt. Neben diesem ihre Stellung nach außen berührenden Rechte bildet sich aber noch, und zwar für jede besonders, ein ihr inneres Leben beherrschendes Recht, welches die Rechte und Pflichten der einzelnen an ihr beteiligten Personen zum Gegenstand hat. Hier stehen die Beteiligten nicht mehr, wie im Privatrecht, rein als Individuen einander gegenüber, sondern sie bilden Teile — gewissermaßen organische Glieder — eines höheren Ganzen, welches ihre Rechte und Pflichten bestimmt. Diese Art von Rechten bildet die zweite Gruppe unserer Rechtsbildung. Wir haben aber für diese Art von Rechten keinen gemeinsamen Namen; denn der Name „öffentliches Recht" pflegt nicht in solcher Allgemeinheit gebraucht zu werden. Es fehlt deshalb auch vielfach die klare Anschauung von der Natur und Verwandtschaft dieser Rechte. Dahin gehört also das (innere) Recht der Staaten, der Kirchen, der Gemeinden; nicht minder aber auch das Recht der Korporationen, kurz aller derjenigen menschlichen Verbindungen, denen wir das Recht der „Autonomie" beimessen. Autonomie nennen wir eben die Schaffung von Rechtsnormen, welche eine gewisse Klasse von Individuen Rechten und Pflichten unterwerfen, die durch Vereinigung derselben unter einem gemeinsamen höheren Zweck bestimmt werden.

Das auf solchen Rechtsgebieten sich bildende Gewohnheitsrecht ist es nun, welches wir mit dem Namen Observanz oder Herkommen bezeichnen.

Das Herkommen findet daher seine Geltung auf dem Gebiet des Staatsrechts, des Kirchenrechts, des Gemeinderechts, des Rechts der Korporationen und Genossenschaften. Es tritt ein zur Erläuterung und Ergänzung oder selbst auch zur Ersetzung der autonomischen Normen (Verfassung, Statuten), durch welche solche Rechtsbildungen ihr inneres Leben zu regeln pflegen*). Wenn man öfters die Observanz als einen „stillschweigenden Vertrag“ bezeichnet, so paßt dies nur insoweit, als nach der Natur der betreffenden Rechtsinstitution auch die autonomische Norm durch „Vertrag“ geschaffen oder geändert werden kann; wie z. B. die Statuten einer Korporation. Nur muß man sich stets erinnern, daß dieser Vertrag kein obligatorischer Vertrag ist, sondern eine andere Natur hat. Wir besitzen aber dafür keinen Namen.

Dem hier fraglichen Rechtsgebiet gehört nun aber auch das (innere) Recht der Stiftungen an. Auch die Stiftung ist eine Schöpfung, welche kraft einer autonomischen Norm bestimmte menschliche Interessen in sich vereinigt und deren Förderung nach bestimmten Regeln sich zur Aufgabe stellt. Für das innere Leben der Stiftung bildet diese autonomische Norm — die lex fundationis (Stiftungsurkunde) — die erste Grundlage. Daneben darf man aber auch dem Herkommen eine rechtsbildende Kraft beimessen.

Bei einer Stiftung, wie der hier vorliegenden, welche ihre Einkünfte ständig wieder an andere für bestimmte Zwecke geschaffene Anstalten (Kirchen, Schulen ꝛc.) abführt, tritt dies vielleicht nicht so klar hervor. Man braucht aber nur eine Stiftung anderer Art sich vor Augen zu führen; z. B. eine solche, welche zur Unterstützung bestimmter Lebenskreise (z. B. von Studierenden) geschaffen ist. Hier hat die Verteilung der Unterstützung nach bestimmten, durch die Stiftungsurkunde vorgeschriebenen Regeln vor sich zu gehen. Denken wir nun aber, die leitenden Organe der Stiftung hätten, in Übereinstimmung mit den bei solcher Beteiligten, längere Zeit hindurch bei der Anwendung jener Regeln gewisse gleichmäßig gehandhabte Grundsätze befolgt, so würde auf diese Weise das Recht der Stiftung durch Herkommen sich ergänzt haben; und es würden alle diejenigen, welche in die entsprechende gleiche Lage kämen, einen wohlbegründeten Anspruch auf gleiche Rechtsanwendung haben. In diesem Sinne ist die Observanz oder

---

*) Auch bei solchen Körperschaften, welche zwar keine juristische Persönlichkeit besitzen, aber doch ein den Korporationen analoges inneres Leben führen (z. B. Parlamenten), wird für dieses das Herkommen („Präzedenzfälle“) als Rechtsquelle anerkannt.

das Herkommen geeignet, die Grundlage stiftungsmäßiger Rechte zu bilden. Und mit Recht dürfte daher das obige Urteil sagen: daß beim Mangel einer Stiftungsurkunde das Herkommen darüber entscheiden müsse, in welchem Maße das Stiftungsvermögen für Kirchenzwecke und Schulzwecke bestimmt gewesen; und ferner: daß in der langjährigen Abführung der Beiträge an die Realschule eine Befestigung dieser Verwendungsart als einer stiftungsmäßigen durch Herkommen enthalten sei.

Auch in einem Rechtsstreit der Stadt Rinteln gegen den Fiskus, wo die Klägerin von dem Beklagten die Zahlung gewisser Beiträge zu einer bisher großenteils vom Staate erhaltenen Schule beanspruchte, sprach das RG. (Sen. 3) in seiner die Klagabweisung bestätigenden Entscheidung (1879) aus: „es seien auch nicht die Voraussetzungen dargelegt, unter welchen ein rechtlich verpflichtendes Herkommen sich hätte bilden können; da namentlich nicht erhelle, daß es bei der fraglichen Anforderung um die fernere stiftungsmäßige Verwendung auf den Staat übergegangener Vermögensbestände sich handle".

Über das Maß solcher auf den Staat übergegangenen Verpflichtungen vgl. die Entscheidung des OTr. zu Berlin in Seufferts Archiv Bd. 35 Nr. 48.

V. Rechtliche Natur der Quittung.

M. hatte zu Anfang September 1878 dem L. Vieh, Wirtschaftsinventar und Feldfrüchte für 2475 *M.* verkauft. Auf das geschuldete Kaufgeld hatte F. wegen einer ihm wider M. zuerkannten Forderung von 900 *M.* am 12. Sept. 1878 bei L. Arrest anlegen, später auch das Kaufgeld zur Befriedigung dieser Forderung zwangsweise sich überweisen lassen. Er klagte darauf gegen L. auf Zahlung von 900 *M.* aus jenem Kaufgelde. L. legte eine von ihm selbst und M. unterzeichnete, notariell beglaubigte Urkunde vom 9. Sept. 1878 vor, worin der Kaufpreis aus jenem Vertrage — wegen Nichtlieferung eines Teiles der Gegenstände — von 2475 auf 1600 *M.* herabgesetzt, darauf aber 975 *M.* — und zwar „laut Quittungen 915 *M.*, sowie weitere erhaltene 60 *M.* (von L. bar)" — als gezahlt bekundet waren, so daß L. nur noch 625 *M.* schuldig bleibe. Am Schlusse dieser Urkunde verkaufte dann M. noch an L. seine Ernte an Kartoffeln und verschiedenen anderen Feldfrüchten für 300 *M.* — Unter diesem Vertrag (auf dem nämlichen Papier) stand eine von M. ausgestellte, gleichfalls notariell beglaubigte Quittung von demselben Datum, folgenden Inhalts:

> Heute von Herrn L. 625 *M.* bar erhalten, sowie 300 *M.* für Kartoffeln und sonstige Ernte, welche ich ihm heute verkauft habe, ebenfalls erhalten. Zusammen 925 *M.* Gleichzeitig bescheinige ich, daß ich weiter keinen Anspruch an L. habe.

Hiernach behauptete L., zur Zeit der Arrestanlage (12. Sept.) dem M. nichts mehr schuldig gewesen zu sein.

Der Kläger bestritt, daß die vorgelegte Urkunde ihm gegenüber beweise; behauptete, daß die Quittung nur zum Schein und in der Absicht ausgestellt sei, die Forderung den Gläubigern zu entziehen, und machte unter Zeugenbenennung mehrere Thatsachen geltend, aus welchen hervorgehe, daß L. erst nach dem 12. Sept. Zahlungen auf das Kaufgeld an M. geleistet habe. Die 1. Instanz vernahm die Zeugen, wies aber, nachdem diese nichts ausgesagt, die Klage ab.

In der Berufung hiergegen machte Kläger von neuem geltend, daß der Kaufpreis erst im Oktober 1878 von M. an L. gezahlt sei; benannte auch hierüber neue Zeugen und schob den Eid zu. Im Verhandlungstermin stellte der Anwalt des Klägers die ausdrückliche Behauptung auf, die Quittungen vom 9. Sept. seien vereinbartermaßen nur zum Schein ausgestellt.

Das OLG. bestätigte das Urteil, indem es aussprach: Die Quittungen vom 9. Sept. enthalten dispositive Erklärungen. Als solche können sie jedermann entgegengehalten werden, und seien (abgesehen von dem Fall des Betrugs oder Irrtums) nur als simuliert anzufechten. Die Einrede der Simulation sei aber in 1. Instanz nicht genügend dargelegt, in der Berufungsinstanz verspätet vorgebracht.

Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde erkannte das RG. (Sen. 3) auf Erhebung der in der Berufungsinstanz benannten Beweismittel über die Behauptung, daß die Zahlung erst nach dem 12. Sept. erfolgt sei, sowie über die Einrede der Simulation mit Beziehung auf das hierüber schon in 1. Instanz Vorgebrachte. Vorausgeschickt waren folgende Gründe:

Der Angriff, darauf gestützt, daß der AR. die Quittungen vom 9. Sept. 1878 als Dispositionsakte angesehen habe, während sie als bloße Beweisurkunden hätten aufgefaßt werden sollen, ist für begründet zu erachten. Ihrer regelmäßigen Natur und ihrer gewöhnlichen Bedeutung im Rechtsverkehre nach erscheint eine Quittung nur als Beweismittel, nämlich als ein Zeugnis über geschehene Erfüllung der Obligation, das der Aussteller wider sich selbst ausstellt. Aber wie das Empfangsbekenntnis, das zur Begründung einer Darlehnsobligation bestimmt ist, unter Umständen nicht als Beweisdokument, sondern als ein selbständig verpflichtender Vertrag gewollt sein kann, so ist das Gleiche auch mit den auf Aufhebung einer Obligation gerichteten Empfangsbekenntnissen, den Quittungen, der Fall. In letzterem Falle wirkt die Quittung, welche im Bewußtsein nicht erfolgter Zahlung, aber gleichwohl mit der Absicht, die Aufhebung der Obligation herbeizuführen, von dem Gläubiger ausgestellt und von dem Schuldner in dieser Weise angenommen ist, wie ein in Form der Anerkennung ausgesprochener Erlaßvertrag. Eine solche besondere Wirkung kann jedoch einer Quittung nur zukommen, wenn der Erlaßwille des Ausstellers unzweideutig zum Ausdruck gelangt ist, oder sich aus den Umständen mit Notwendigkeit ergibt. Wo dies nicht der Fall, tritt die regelmäßige Bedeutung der Quittungen als bloßer Beweisdokumente ein, und ist es als eine Verkennung dieses rechtlichen Gesichtspunkts zu bezeichnen, wenn auch gewöhnliche Zahlungsempfangsbekenntnisse für Akte dispositiver Natur gehalten werden. Eine derartige Verkennung liegt dem Urteil der vorigen Instanz zu Grunde.

Die in Frage stehenden Quittungen vom 9. Sept. 1878 bescheinigen der Reihe nach die einzelnen von M. empfangenen Zahlungen, ziehen das Resultat, daß hiernach 925 M. bezahlt seien und fügen, da dieser Betrag den Kaufschillingsrest ausmacht, die Bemerkung an, daß Verkäufer weiter keinen Anspruch an den Käufer habe. Trotz dieses Inhalts, welcher die fraglichen Urkunden als einfache Empfangsdokumente qualifiziert, hat der AR. dieselben ohne alles weitere als dispositive Erklärungen bezeichnet, die abgesehen von dem Falle eines Betrugs oder Irrtums nur als simuliert anzufechten seien. Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar. Der vorige Richter kann zu derselben nur gelangt sein, entweder dadurch, daß er den Rechtsbegriff eines dispositiven Erlaßvertrags, oder daß er die rechtliche Natur der Quittungen verkannt hat. Im einen wie im anderen Falle liegt seiner Auffassung ein Rechtsirrtum zu Grunde.

Urt. v. 20. Nov. 1880 i. S. Fuldner w. Lomnitz.

Die vorstehende Entscheidung des RG. ist in ihrem Endergebnis gewiß nur zu billigen. Auch in den Entscheidungsgründen liegt etwas Wahres. So wie sie aber dastehen, tragen dieselben die Gefahr in sich, daß sie — zumal losgerissen von der Entscheidung selbst — in ihrer richtigen Bedeutung verkannt und zu falschen Folgerungen benutzt werden könnten. Es möge erlaubt sein, denselben folgende Auffassung gegenüber zu stellen.

Die Quittung, ebenso wie der Darlehnsschein, sind nicht mitunter, sondern stets „Dispositionsakte". Das erkennt auch das RG. thatsächlich dadurch an, daß es der fraglichen Quittung Beweiskraft gegen einen Dritten beimißt. Nur dispositive Urkunden haben Beweiskraft gegen Dritte, wie dies schon längst anerkannt war, ehe die Natur solcher Urkunden als formaler Rechtsgeschäfte wissentlich näher begründet war*). Das RG. erkennt das nicht minder an durch die Bezeichnung der fraglichen Urkunde als eines „Zeugnisses, das der Aussteller wider sich selbst ausgestellt". Ein Zeugnis, daß ich gegen mich selbst ausstelle, über einen Gegenstand, der meiner freien Verfügung unterliegt, ist ein dispositiver Akt, weil ich dieses Zeugnis gegen mich gelten lassen **will**. Dieser Willen ist es, der mich an den Inhalt des Zeugnisses bindet. Nun ist es ja schon ein erheblicher Fortschritt gegen früher, daß man anerkennt, daß Darlehnsschein und Quittung auch in etwas anderem, als der in ihnen (scheinbar) bezeugten Geldzahlung ihre Grundlage (causa) haben können, und daß man für diesen Fall ihre dispositive Natur gelten läßt. Aber glaubt man denn wirklich, Darlehnsschein und Quittung bedeuten bald dieses, bald jenes?

---

*) Gensler Arch. f. civ. Prax. Bd. 2 S. 4; Gerau in Lindes Ztschr. Bd. 20 S. 94 ff.; Seuffert Arch. Bd. 3 Nr. 216, 223, 395, 397.

Sie bedeuten immer dasselbe. Stets liegt der nämliche Willen ihnen zu Grunde. Auch wo sie für eine bare Geldzahlung gegeben werden, gibt sie der Aussteller in Austausch mit dieser als eine ihn bindende Urkunde*) (Quittung = quietatio). Jener Lehre würde es ungefähr entsprechen, wenn jemand sagte, ein rechtskräftiges Urteil sei, wenn es eine wirklich bestehende Schuld zum Gegenstand habe, ein bloßes Beweismittel dieser Schuld; und nur wenn es unrechtmäßig ergangen, ein Verpflichtungsakt.

Von einem Urteil sind nun allerdings jene Urkunden dadurch wesentlich verschieden, daß sie einer viel weiter gehenden Anfechtung unterliegen. Und zwar gestaltet sich diese Anfechtung verschieden nach dem Inhalt der Urkunde. Ist der Darlehnsschein oder die Quittung in der Art ausgestellt, daß sie ein in bestimmter Vergangenheit liegendes Verhältnis (causa praecedens) zur Grundlage nehmen**), so ist es richtig, was das OLG. ausspricht: sie sind nur anfechtbar wegen Betrugs oder Irrtums, oder wegen Simulation. Sind dagegen jene Urkunden in der Art ausgestellt, daß sie einfach auf eine Geldzahlung als geschehen Bezug nehmen, so kann nicht verkannt werden, daß in dieser Weise regelmäßig auch solche Urkunden ausgestellt werden, welche Zug um Zug gegen eine Geldleistung ausgetauscht werden sollen, und daß es leicht vorkommen kann, daß eine solche Urkunde in die Hände des Gegners gelangt, ohne daß dieser wirklich Zahlung geleistet hat. Deshalb mußte zur Anfechtung solcher Urkunden auch der einfache Beweis zugelassen werden, daß die darin bezeugte Zahlung nicht erfolgt sei. Der formalen Verpflichtungskraft der Urkunde (früher Stipulation) gegenüber konnte aber dieser Einwand, welcher dem einfachen Gegenbeweis den Weg bahnt, römisch-rechtlich nur in Form einer exceptio zur Geltung kommen. Es war das die exceptio non numeratae pecuniae. Im Sinne unseres heutigen Prozeßrechts kann man dagegen allerdings sagen: durch die Zulässigkeit jener Anfechtung sind Urkunden der fraglichen Art auf die Natur eines bloßen Beweismittels, welches den Gegenbeweis nicht ausschließt, zurückgedrängt. Gerade aber wegen der trügerischen Natur dieses Gegenbeweises, welcher der Urkunde die Grundlage (scheinbar) entziehen konnte, während sie dieselbe vielleicht in etwas ganz anderem als einer Barzahlung hatte, beschränkte man die exceptio (d. h. die Zulässigkeit des Gegenbeweises) auf eine bestimmte Frist, nach deren Ablauf die Verpflichtungskraft des Darlehnsscheines und der Quittung ungeschwächt (d. h. ohne daß der Beweis der Nicht-Geldzahlung sie unwirksam machen konnte) her-

---

*) Vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 15 Nr. 85.

**) l. 5, l. 13 C. de non num. pec. 4, 30.

vortrat. Die deutsche Praxis hat diese Zeitbefristung abgeworfen, weil sie den Zusammenhang nicht erkannte. Die deutsche Gesetzgebung (Einf.-Ges. z. CPO. § 17) hat nur der verkehrten Lehre, daß Darlehnsscheine und Quittungen innerhalb der gedachten Frist „nichts beweisen", ein Ende gemacht. Der Gefahr, welche in dem lediglich auf die Nicht-Geldzahlung gerichteten Gegenbeweise liegt, ist auch sie sich nicht bewußt geworden und sie hat dagegen keine Vorkehrung getroffen. Um so mehr ist es Pflicht des Richters, diese Gefahr scharf im Auge zu behalten und ihr womöglich zu begegnen. Dazu gehört aber vor allem, daß man sich der Natur jener Urkunden als dispositiver Akte bewußt bleibt.

Betrachten wir nun die vorliegende Entscheidung und zwar zunächst in ihrer thatsächlichen Richtung, so redet dieselbe zwar von Quittungen, welche der Reihe nach die empfangenen Zahlungen bescheinigen. Da diese Zahlungen insgesamt aber zu 925 ℳ. angegeben werden, so ergibt sich klar, daß das Urteil nur die in der zweiten, nicht auch die in der ersten Urkunde vom 9. Sept. enthaltene Quittung im Auge gehabt habe. Diese (zweite) Quittung ist nun allerdings nicht in der Art ausgestellt, daß sie auf eine in bestimmter Vergangenheit liegende Zahlung (causa praecedens) hinweist, zumal wenn man erwägt, daß die andere Urkunde, welche die 925 ℳ. noch als ausstehend bezeichnet, unter dem nämlichen Datum unmittelbar vorausgeht. Darnach war die Annahme des RG. vollkommen berechtigt, daß gegen diese Quittung der Gegenbeweis — daß die Auszahlung des Geldes erst später, nach dem 12. Sept., erfolgt sei — nicht abgeschnitten werden durfte. Dieser Gegenbeweis ist nicht anderes, als eine andere Form der exceptio non num. pec. Mit der Zulassung dieses Gegenbeweises erledigte sich zugleich der Einwand der Simulation. Das Verhältnis beider Anfechtungen zu einander ist folgendes: war bei Ausstellung der fraglichen Quittung es von vorn herein die Absicht, daß das Geld nicht sogleich, sondern erst später darauf gezahlt werden solle, so war die Einrede der Simulation begründet. War jenes dagegen nicht beabsichtigt und nur zufällig die Quittung ohne entsprechende Geldzahlung hingegeben, so reichte für die Anfechtung der Gesichtspunkt der exceptio non num. pec. aus. Beide fallen thatsächlich zusammen in dem notwendigen, aber auch genügenden Beweise, daß die Geldzahlung erst später erfolgt sei.

Um dies alles zu begründen, bedurfte es aber gar nicht der Theorie von dem Darlehnsschein und der Quittung, welche bald bloßes Beweismittel, bald Verpflichtungsakt seien; eine Theorie, die in dem bedenklichen Satze gipfelt: „Eine solche besondere Wirkung (eines verpflichtenden Erlasses) kann einer Quittung nur zukommen, wenn der Erlaßwille des Ausstellers unzweideutig zum

Ausdruck gelangt ist oder aus den Umständen mit Notwendigkeit sich ergibt." Bedenklich nenne ich diesen Satz, weil, wenn man mit einer solchen schroffen Vermutung den Urkunden der fraglichen Art gegenübertritt, man in vielen Fällen das Leben schädigen wird. Wer eine Quittung ausstellt, um seinen „Erlaßwillen" zu beurkunden, wird niemals diesen Erlaßwillen noch daneben selbständig zum Ausdruck bringen, indem er vielmehr glaubt, daß gerade in der Erklärung „ich bin bezahlt" (acceptum fero) der Erlaßwillen den unzweideutigsten und sichersten Ausdruck gefunden habe. Diese unser ganzes Volksleben durchdringende Rechtsanschauung wird dann durch die mit einer solchen schroffen Präsumtion operierende juristische Theorie bitter getäuscht. Überdies würde man völlig irren, wenn man unter dem „Erlaßwillen" nur einen Erlaß im materiellen Sinne, d. h. eine Schenkung, verstehen wollte. Vielmehr können dem in der Quittung zum Ausdruck gebrachten Erlaßwillen, außer Schenkung und Barzahlung, noch unzählige andere Verhältnisse zu Grunde liegen. Diese Verhältnisse kann man nicht mit einer solchen schroffen Präsumtion abfinden. Vielmehr gehört es zu den feinfühligsten Untersuchungen des Civilrichters, sie unter dem Schein der bezeugten Barzahlung richtig zu erkennen und dadurch der in unserem Volke lebendigen Rechtsanschauung gerecht zu werden*).

Meines Dafürhaltens würde für die fragliche Entscheidung etwa folgende Begründung genügt haben: „Es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß M. die Quittung vom 9. Sept. 1878 über 925 ℳ. in einem anderen Sinne ausgestellt habe, als in der Absicht einer dagegen zu empfangenden Barzahlung. Daß diese Zahlung gegen Ausstellung der Quittung erfolgt sei, erscheint zwar bis auf weiteres durch den Inhalt der Quittung erwiesen. Es konnte aber Kläger nicht mit dem Gegenbeweise ausgeschlossen werden, daß in Wahrheit auf die Quittung eine Zahlung seitens des Beklagten am 9. Sept. nicht geleistet, diese vielmehr erst nach dem 12. Sept. erfolgt sei; und die Annahme des OLG., daß diese Art der Anfechtung durch die Natur der Quittung als eines dispositiven Aktes ausgeschlossen werde, ist rechtsirrtümlich. Keinen Unterschied macht es dabei, ob die Späterzahlung gleich anfangs bei Ausstellung der Quittung zwischen den Beteiligten verabredet, in dieser also die erfolgte Zahlung nur zum Schein bezeugt sei, oder ob nur durch zufällige Umstände die von M. gegen Ausstellung der Quittung erwartete Zahlung unterblieben sei."

Um noch ein Beispiel zu geben über die Bedeutung der hier vertretenen Ansicht, können wir an die erste Urkunde vom 9. Sept.

---

*) Vgl. auch die folgende Besprechung.

anknüpfen. Auch in dieser ist eine Quittung enthalten, indem M. bezeugt, 915 *M.* „laut Quittungen“, 60 *M.* von B. bar empfangen zu haben. Gesetzt, auch diese Quittung hätte der Kläger lediglich mit der Behauptung, daß Zahlung nicht erfolgt sei, angefochten. Würde eine Anfechtung aus diesem Gesichtspunkte wohl zulässig gewesen sein? — Rücksichtlich der quittierten 915 *M.* gewiß nicht. Denn durch die Worte „laut Quittungen“ war klar ausgedrückt, daß hier M. mit Bezugnahme auf bereits früher quittierte, also in bestimmter Vergangenheit liegende Zahlungen die Tilgung der Schuld im Betrage von 915 *M.* bezeugte. Hier lag also eine causa praecedens vor, welche die exceptio non num. pec. ausschloß. Dagegen würde nichts im Wege gestanden haben, auch diese Quittung als simuliert anzufechten.

VI. Quittung als Akt des Schulderlasses.

(Preußisches Landrecht.)

Der am 4. März 1847 geborene Kläger hatte von seinem Vater einen bei seiner Volljährigkeit fälligen Muttererbteil von 2380 *M.* zu fordern. Nachdem Kläger am 9. Sept. 1867 aus der väterlichen Gewalt entlassen worden, hatte er an demselben Tage über den baren Empfang dieses Erbteils Quittung geleistet.

Gleichwohl klagte später Kläger gegen seinen Vater auf Auszahlung dieses Erbteils, mit der Behauptung, die Quittung habe er nur in Erwartung der Geldzahlung ausgestellt. Beklagter entgegnete: kurz vor dem 9. Sept. 1867 sei er mit dem Kläger mündlich dahin übereinkommen, daß er (Beklagter) in die Auswanderung des Klägers nach Amerika willige, den Kläger neu bekleide, und ihm 150 Thlr. auszahle, wogegen dieser auf den Mehrbetrag seines Erbteils entsagen und über den ganzen Erbteil als bar bezahlt quittieren solle. Demgemäß sei die Quittung ausgestellt.

Das AG. nahm an, daß der im Augenblicke der Quittierung bereits emanzipierte Kläger durch diesen Akt das vorausgehende Abkommen „konkludent ratihabiert habe“, und erkannte hiernach auf einen Eid des Beklagten über jenes Abkommen. Auf Revision des Klägers verurteilte das RG. (Hilfs-Sen. 1) den Beklagten zur Zahlung, soweit Barzahlung nicht nachgewiesen worden, aus folgenden Gründen:

Nach den §§ 37, 38 des allg. LR. Tl. I Tit. 5 erlangt ein wegen Unfähigkeit des einen Teils unverbindlicher Vertrag durch ein nach gehobener Unfähigkeit erfolgendes Anerkenntnis nur insofern verbindliche Kraft, als dieses Anerkenntnis selbst als ein neuer Vertrag angesehen werden kann. Demgemäß bestimmen auch §§ 136 und 137 des allg. LR. Tl. II Tit. 2, daß die von einem in väterlicher Gewalt stehenden Kinde gemachten Schulden nur durch ein ausdrückliches — vor Gericht oder vor einem Justizkommissarius erklärtes — Anerkenntnis gültig werden. Ein solches Anerkenntnis ist aber in dem Akte der Quittungsleistung nicht enthalten. Das AG. findet darin eine still-

schweigende Willenserklärung. Allein eine solche kann hier nicht in Betracht kommen. Denn sowohl der § 137 des allg. LR. Tl. II Tit. 2 als der § 37 des allg. LR. Tl. I Tit. 5 — letzterer nach der Motivierung von Suarez — fordert ein ausdrückliches Anerkenntnis. Das Anerkenntnis soll einen neuen rechtsgültigen Vertrag darstellen, also den Vertragswillen unzweideutig zum Ausdruck bringen, und eine nur aus dem Zusammenhange zu folgernde Genehmigung der ursprünglichen Abrede ist rechtlich ausgeschlossen.

Da nun Beklagter zugesteht, auf die Quittung nur 150 *M.* bar bezahlt zu haben, so ist ihm gegenüber, abgesehen von dieser Teilzahlung, die Beweiskraft der Quittung erloschen. Die §§ 113, 114 des allg. LR. Tl. I Tit. 16 kommen dem Beklagten nicht zu statten, weil sie nur den Fall im Auge haben, daß aus der Quittung erhellt, daß die Aufhebung der Verbindlichkeit nicht durch Zahlung erfolgt ist.

Urt. v. 16. Nov. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 71.

Der vorliegende Rechtsfall gibt einen anschaulichen Beleg dafür, weshalb die römischen Juristen dahin gelangten, den Satz aufzustellen: exceptionem non numeratae pecuniae post multum temporis opponi non posse*); ein Satz, der dann später, namentlich auch noch von Justinian, durch die Anordnung bestimmter Fristen für die Exception eine nähere positive Gestaltung erhielt. Auch läßt der Rechtsfall erkennen, was Justinian damit sagen wollte, wenn er als Grund der Beschränkung der Exception in Nov. 100 angab: ne forte homines negligentia sua aut forte dolo ut in negotiationibus fruantur, aliisque negotia facessant. Er läßt auch erkennen, daß mit der Bestimmung des § 17 des Einf.-Ges. zur CPO. das praktische Bedürfnis nicht ausreichend befriedigt ist.

Der verklagte Vater war jahrelang im Besitz einer rechtsgültigen Quittung des Sohnes. Da tritt der Sohn wieder auf und begehrt den Betrag, über welchen er quittiert hat, nochmals. Der Vater muß zugeben, daß er nur einen Teil der fraglichen Summe bar bezahlt habe; behauptet aber, daß im übrigen der Quittierung ein bestimmtes Abkommen zu Grunde liege. Die 2. Instanz will die Quittung wenigstens dann gelten lassen, wenn dieses Abkommen bewiesen wird. In höchster Instanz wird, zufolge einer, wie ich glaube, irrigen Anwendung von Bestimmungen des allg. LR., die Quittung für ganz unwirksam erklärt. Man kann vielleicht für den vorliegenden Fall sich damit trösten, daß der Vater, indem er den auswandernden Sohn mit einer so geringen Summe abfand, moralisch gar nicht schön gehandelt und insofern wohl sein Mißgeschick in dem späteren Prozesse verdient habe. Für den Rechtsstandpunkt kann dies aber doch nicht entscheiden.

---

*) Tit. J. de liter. oblig. 3, 21.

Prüfen wir zunächst, wie der Rechtsfall nach gemeinem Recht zu entscheiden gewesen wäre. Die Abrede, wonach der Sohn gegen Zahlung einer minderen Summe die ganze Forderung quittieren sollte, war zu einer Zeit getroffen, wo er noch handlungsunfähig war; sie war also ungültig. Nach erlangter Handlungsfähigkeit aber stellt der Sohn gegen Empfang jener Summe die Quittung aus. Was bedeutet nun diese Quittung? Sie war nicht die Eingehung eines neuen Vertrags. Sie war die Erledigung, die Erfüllung des früheren. Nun hat man meines Wissens noch nie bezweifelt, daß diejenige Anerkennung eines Vertrags, welche in der Erfüllung desselben liegt, eine durchaus wirksame sei; daß dieselbe auch keiner anderen Form bedürfe, als derjenigen, welche für die Handlung der Erfüllung an sich etwa vorgeschrieben ist. Habe ich als Handlungsunfähiger ein Geschäft eingegangen, erfülle es aber als Handlungsfähiger: so ist damit das Geschäft unzweifelhaft zu einem gültigen geworden, und ich kann das Geleistete nicht zurückfordern.

Bestimmungen, welche zu einer anderen Entscheidung hätten führen müssen, enthält aber auch, wie ich glaube, das allg. LR. nicht. Es ist durchaus folgerichtig, wenn dasselbe für das nachträgliche Gültigwerden eines anfangs ungültigen Vertrags die Form eines neuen Vertragsabschlusses begehrt. Und in diesem Sinne ist es auch nicht zu tadeln, wenn das allg. LR. in den citierten §§ 37, 38 Tl. I Tit. 5 und §§ 136, 137 Tl. II Tit. 2 nicht jedes thatsächliche Anerkenntnis, sondern nur ein „ausdrückliches Anerkenntnis" gelten läßt. Es gibt aber gar kein ausdrücklicheres Anerkenntnis eines Vertrags als dessen Erfüllung. Kein mit Worten ausgedrücktes Anerkenntnis kann stärker wirken. Hätte die Erfüllung in einer Zahlung bestanden, so würde wohl auch das RG.-Urteil diese Natur der Erfüllung nicht verkannt haben. Dasselbe ließ sich aber wohl dadurch beirren, daß hier die Erfüllung in Erteilung einer Quittung bestand, und daß ihm vielleicht die Bedeutung dieser Handlung als eines Rechtsaktes, eines Liberationsaktes, nicht ganz klar vorstand. Auf das in der Erfüllung liegende Anerkenntnis eines ungültigen Vertrags kann auch die Vorschrift des § 137 Tl. I Tit. 2 des allg. LR., daß das Anerkenntnis vor Gericht u. s. w. erklärt werden müsse, unmöglich bezogen werden. Schon die gebrauchten Worte lassen erkennen, daß damit nur der Fall gemeint sei, wo das Anerkenntnis eine neue, an die Stelle des ungültigen Vertrags tretende obligatorische Verpflichtung begründen soll. Daß man auch habe vorschreiben wollen, daß die Erfüllung eines ungültigen Vertrags vor Gericht 2c. erfolgen müsse, ist undenkbar.

Erfüllt wurde der anfangs ungültige Vertrag von dem Kläger dadurch, daß er gegen eine Zahlung von 150 ℳ. die gesamte Schuld erließ. Die Form dieses Erlasses bildete die Quittierung. Wenn des RG.-Urteil sagt, die §§ 113, 114 Tl. I Tit. 16 des allg. LR. kommen dem Beklagten nicht zu statten, weil aus der Quittung nicht erhelle, daß die bescheinigte Aufhebung der Verbindlichkeit nicht durch Zahlung erfolgt sei, so fragt es sich: will man denn eine Quittung nicht als Erlaß gelten lassen, auch wenn die Ausstellung der Quittung als in diesem Sinne erfolgt bewiesen wird? — Nicht minder wie auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes werden auch auf dem Gebiete des preuß. LR. alltäglich hunderte von Quittungen gegeben, welche diesen Sinn haben. Ich erinnere nur an den so häufigen Fall, daß jemand bei Bezahlung einer ihm zugesandten Rechnung noch etwas von deren Betrag abbedingt. Quittiert nun etwa der Zahlungsempfänger so: „x ℳ. erlassen, den Rest erhalten"? Nein, er quittiert den ganzen in Rechnung gestellten Betrag mit „Dankend empfangen". Hinsichtlich desjenigen Teiles des Betrages, den er nicht empfangen hat, tritt der in der Quittung liegende formelle Erlaß auch als materieller in Wirksamkeit. Daran kann auch das preuß. LR. nichts ändern. Und wollte man auf Grund desselben gegenteilig erkennen, so würde man damit nur dem Leben wehe thun. Ich glaube aber nicht, daß so erkannt werden müßte. Ganz so wie in dem analogen Falle, welcher in Bd. 2 Nr. 87 der Entsch. d. RG. behandelt ist, wird der Umstand, „daß keine gesetzliche Vorschrift entgegensteht", genügen, um auch in der Quittung den ihr inwohnenden Erlaßwillen zur rechtlichen Geltung kommen zu lassen.

Darnach dürfte aber auch in dem vorliegenden Fall kein genügender Grund vorhanden gewesen sein, das Urteil 2. Instanz zu Ungunsten des Beklagten abzuändern.

Aber auch wenn die Partei, welche einen Schuldschein oder eine Quittung für sich hat, worin der „bare Geldempfang" bezeugt ist, während ein anderes Verhältnis zu Grunde liegt, nicht einem solchen Mißgeschick begegnet, wie vorliegend der in höchster Instanz zur Geltung gebrachten Ansicht: so ist es doch schon Mißgeschick genug, daß, wenn sie zugesteht, daß das Geld (ganz oder teilweise) nicht bar bezahlt sei, man von ihr den Beweis der behaupteten anderweiten Grundlage des Verhältnisses begehrt. So scheint vorliegend die 2. Instanz erkannt zu haben. Auch die Entsch. d. ROHG. Bd. 14 Nr. 108 gibt ein anschauliches Bild davon, wie sich in einem solchen Falle die Sache gestaltet. Schuldschein und Quittung werden dadurch für den Inhaber wertlos. Sie werden ihm gleichsam unter den Händen weggezogen. Es fragt sich daher, welche Mittel sind gegeben, um hiergegen zu schützen? Beim vor-

maligen OAG. zu Kassel hatte sich die Praxis dahin gebildet, daß man forderte, es müsse der, ohne Zeitgrenze zugelassene, Gegenbeweis auch gegen die vom Inhaber der Urkunde behauptete anderweite causa der letzteren sich richten; daß man also namentlich dem Inhaber gestattete, den über die exc. n. n. p. zugeschobenen Eid dahin auszuschwören, daß das Geld in der und der von ihm angegebenen anderweiten Weise „ausgezahlt" sei*). Das war prozessualisch nicht ganz korrekt; aber es half doch. Bei anderen Gerichten hat sich eine Anschauung gebildet, die gleichfalls jene Gefahr abschwächt, nämlich die, daß der fragliche Gegenbeweis nicht durch Eideszuschiebung geführt werden könne**). Diese Ansicht dürfte theoretisch nicht richtig sein. Der Satz, daß gegen den Inhalt einer Urkunde nicht Gegenbeweis mittels Eideszuschiebung zulässig sei, bezieht sich auf den Fall, wo eine Urkunde ein Rechtsgeschäft *enthält*. Da kann natürlich nicht der Eid darüber zugeschoben werden, daß das Geschäft, welches der Richter in der Urkunde vor Augen hat, nicht bestehe. Wo dagegen eine Urkunde nur eine Vermutung für eine in ihr bezeugte (außerhalb derselben liegende) Thatsache begründet, ist zur Beseitigung dieser Vermutung Eideszuschiebung zulässig; wie dies jetzt auch § 16 Nr. 1 Abs. 2 des Einf.-Ges. zur CPO. ausspricht. Immerhin aber beseitigt jene Ansicht einen Teil der Gefahr, welchen die unbegrenzte exc. n. n. p. in sich trägt. Denn gerade der Beweis durch Eideszuschiebung ist das Gefährliche; wogegen wenn der Beweis durch Zeugen versucht wird, diese in der Regel neben der Nichtzahlung des Geldes zugleich bekunden werden, in welcher anderen Weise das Geld als ausbezahlt angenommen sei, wodurch der Einwand sich erledigt. Andererseits trägt aber jene Ansicht auch wieder eine unverkennbare Gefahr in sich. Denn sie wird auch den Beweis einer berechtigten exc. n. n. p. oft ganz unmöglich machen.

Wie das RG. erkennen wird, steht natürlich dahin. Für den Fall aber, daß es die letzterwähnte Ansicht sich aneignen sollte, möchte ich die Anwälte auf folgendes aufmerksam machen. Soll der Partei, welche die Urkunde für sich hat, der aus gedachter Ansicht sich ergebende Vorteil zuwachsen, so muß sie vor allem sich hüten, einzugestehen, daß das Geld „nicht bar gezahlt" sei. Sie muß vielmehr blindlings bei der Behauptung der „Zahlung" beharren und sich auf das „Wie" gar nicht einlassen. Denn gesteht sie ein, daß nicht bar gezahlt sei, so riskiert sie, an diesem Geständnis festgehalten zu werden, so daß es zu einer vom Gegner

*) *Heusers* Annalen Bd. 14 S. 99 ff.; *Bähr* in *Iherings* Jahrbüchern Bd. 2 S. 446 ff., Bd. 3 S. 358.

**) *Seuffert* Archiv Bd. 5 Nr. 152, Bd. 17 Nr. 180, Bd. 20 Nr. 125; Entsch. d. ROHG. Bd. 4 Nr. 81; *Fenner* u. *Mecke* Entsch. Bd. 6 Nr. 67.

geforderten Beweisführung gar nicht kommt. Es ist ja traurig, wenn man sich veranlaßt sieht, nicht völlig ehrlich zu streiten. Allein das Unbefriedigende unseres Rechtszustandes würde in Fällen dieser Art unter Umständen es rechtfertigen.

VII. Verpflichtung zur Ausstellung einer Quittung. Beweislast bezüglich einer geleisteten Zahlung.

H. war als Steiggelderheber aus einer vorgenommenen Versteigerung der Witwe B. 251 *M.* schuldig geblieben. Er erklärte sich zur Zahlung bereit, jedoch nur gegen eine von der Witwe B. zu unterzeichnende Quittung. Diese verweigerte eine solche (aus welchem Grunde ist nicht ersichtlich), wollte vielmehr die Quittung nur von einem Anderen für sich unterzeichnen lassen. Da hiernach die Zahlung unterblieb, erhob die Witwe B. Klage auf solche wider H. Derselbe entgegnete, daß er nur gegen ordnungsmäßige Quittung, deren Beglaubigung er sogar beanspruchen könne, zu zahlen schuldig sei. In erster Instanz wurde auf Grund dieses Einwandes die Klage zurückgewiesen. Die zweite Instanz erachtete eine von fremder Hand unterzeichnete Quittung, wie Klägerin sie angeboten, für genügend, weil ja Klägerin auch eine von fremder Hand unterzeichnete Quittung eidlich abzuleugnen gehalten sei. Darnach wurde Beklagter zur Zahlung und in die Kosten verurteilt. Das RG. (Sen. 3) hob diese Entscheidung auf und erkannte dahin, daß Beklagter schuldig sei, die fraglichen 251 *M.* an die Klägerin gegen eine von dieser ordnungsmäßig ausgestellte Quittung zu zahlen, Klägerin aber dem Verklagten die Prozeßkosten zu ersetzen habe. Die Gründe lauteten:

Die Entscheidung des AG. ist rechtsirrtümlich. Es ist durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht begründet, daß bei einer Zahlung der hier fraglichen Art der Schuldner nur gegen eine ordnungsmäßige Quittung zu zahlen braucht. Zu einer solchen Quittung gehört aber, daß der Zahlungsempfänger sie mit eigener Namensunterschrift vollzieht. Die Annahme, daß der Zahlungsempfänger die Quittung auch von einem Anderen für sich unterschreiben lassen könne, weil der Diffessionseid dahin gestellt zu werden pflege, daß der Schwörende die Unterschrift weder selbst vollzogen, noch durch einen Anderen habe vollziehen lassen, ist unhaltbar. Denn wenn auch derjenige, welcher eine Urkunde durch einen Anderen für sich hat unterschreiben lassen, diese Urkunde ebenso gegen sich gelten lassen muß, wie wenn er sie selbst unterschrieben, so liegt es doch auf der Hand, daß dem Zahlenden durch die ausgestellte Quittung die gebührende Sicherstellung nur dann gewährt wird, wenn bei einem Gebrauche derselben der Aussteller genötigt ist, seine eigenhändige Namensunterschrift anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen, nicht aber auch dann, wenn er mit der eidlichen Verneinung, einen Anderen mit der Unterschrift beauftragt zu haben — wofür die Urkunde kein äußeres Kennzeichen darbietet — ihr die Beweiskraft entziehen kann. Gegen eine solche unsichere Quittung ist niemand Zahlung zu leisten verpflichtet.

Dagegen liegt kein genügender rechtlicher Grund vor, von der Klägerin die Ausstellung einer amtlich beglaubigten Quittung zu begehren, vorausgesetzt, daß Klägerin durch Unterzeichnung der Quittung in Gegenwart des Verklagten diesem die Sicherheit gewährt, daß sie eigenhändig unterzeichnet habe; wobei es dem Verklagten überlassen bleibt, wenn er es nötig findet, weitere Beweismittel für die Echtheit der Unterschrift in geeigneter Weise sich zu sichern.

Wenn hiernach auch für die Klägerin, welcher gegen eine ordnungsmäßige Quittung Zahlung zu leisten der Verklagte nicht geweigert hat, keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben war, so rechtfertigt es sich doch, das Rechtsverhältnis der Parteien, nachdem es streitig geworden, durch positiven Ausspruch dem Streitergebnis entsprechend zu ordnen und demgemäß eine Verurteilung des Verklagten zur Zahlung, jedoch nur gegen ordnungsmäßige Quittung, auszusprechen. Der Klägerin aber sind die Kosten des Prozesses zur Last zu setzen, da sie durch ihr Verhalten den Prozeß veranlaßt hat.

Urt. v. 27. Jan. 1880 i. S. Henkel w. Becker.

In der vorstehenden Entscheidung hat das RG. den Satz, daß der Schuldner nur gegen Quittung seines Gläubigers zu zahlen brauche, nicht aus positiven Gesetzesvorschriften abzuleiten versucht, vielmehr dafür auf ein allgemeines Gewohnheitsrecht Bezug genommen. Es kommt damit sicherlich der Wahrheit näher, als die Lehrbücher, in welchen ein solches Recht auf einige Stellen des röm. Rechtes (l. 1 C. de apoch. publ. 10, 22; l. 19 C. de fide instr. 4, 21; l. 18 C. de test. 4, 20) gegründet zu werden pflegt. In der That enthalten diese Stellen keine Bestimmung dieser Art; sie lassen höchstens erkennen, daß auch schon in der späteren römischen Kaiserzeit die Erteilung von Quittungen üblich war. Dagegen läßt sich nicht bezweifeln, daß nach einer heutigen allgemeinen Rechtsübung der Schuldner nur gegen Quittung des Empfängers zu zahlen braucht. Auch in der Praxis ist dies bereits als feststehend anerkannt (vgl. Seuffert Arch. Bd. 8 Nr. 246, Bd. 9 Nr. 20, Bd. 13 Nr. 245, Bd. 20 Nr. 121, Bd. 25 Nr. 18.)

Es kommt jedoch darauf an, die Fälle genauer zu begrenzen, in welchen ein Zahlender Quittung verlangen könne. Das Urteil spricht sich nicht näher darüber aus, sagt vielmehr nur: „bei einer Zahlung der hier fraglichen Art". Man wird dies dahin erläutern dürfen: bei jeder Zahlung, *bei welcher der Zahlende die Gefahr der Beweisführung zu übernehmen hat*. Die Frage, wann dies eintrete, ist aber keineswegs so einfacher Natur, wie sie auf den ersten Blick scheint. Dieselbe hängt mit einer Beurteilung von Rechtsverhältnissen zusammen, die, so häufig sie auch vorzukommen pflegen, sich doch der juristischen Beurteilung in der Regel entziehen.

Tagtäglich werden unzählige Rechtsgeschäfte in der Art abgeschlossen, daß jemand in einen Laden tritt, dort eine Ware fordert, aussucht und gegen Erlegung des Preises mit sich nimmt. In Fällen dieser Art pflegt eine Quittung weder gefordert, noch gegeben zu werden; und von einem Gewohnheitsrecht, wonach hier eine Quittung begehrt werden dürfte, kann sicherlich nicht die Rede sein. Wie ist dies zu erklären? Wir pflegen solche Rechtsgeschäfte durchweg „Kauf" zu nennen, und die meisten Juristen werden von der Annahme ausgehen, daß auch bei Geschäften dieser Art ein Konsensualvertrag abgeschlossen, dieser aber dann von beiden Seiten sofort erfüllt werde.

In der Thať aber dürfte eine andere rechtliche Auffassung wohlbegründet sein. Es würde unrichtig sein, diejenigen Rechtsgeschäfte, in welchen nach vorgängiger Verständigung Leistung gegen Leistung sofort ausgetauscht wird, stets in einen promissorischen Vertrag und dessen beiderseitige Erfüllung zu zerlegen. Vielmehr realisiert sich in Verhältnissen dieser Art das Rechtsgeschäft nur in dem Austausch der beiderseitigen Leistungen. Daß diesem Austausch eine gewisse Einigung vorausgeht über dasjenige, was man austauschen will, beweiset nicht das Gegenteil. Denn diese Einigung würde nur dann zu einem selbständigen Vertrag werden, wenn in ihr ein selbständiger Verpflichtungswille zu Tage träte. An einem solchen wird es aber in der Regel gänzlich fehlen. Keiner von beiden Kontrahenten will dem Gegner gegenüber irgend eine Verpflichtung eingehen, sondern jeder will nur Leistung gegen Leistung austauschen, zu welchem Austausch die vorausgehende Einigung sich lediglich vorbereitend verhält.

Daß bei einem Geschäft dieser Art die Nebenverbindlichkeiten (Gewährleistung für Mängel, Entwährung 2c.) nach den Grundsätzen des Kaufs eintreten, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Wandten doch auch die Römer für den Tausch, der lediglich in der vorbezeichneten Weise (do ut des) sich vollzog, in betreff dieser Nebenverbindlichkeiten die Grundsätze des Kaufs an. Man mag auch ein Rechtsgeschäft der fraglichen Art immerhin einen „Kauf" nennen. Nur ist es kein Kauf, der als Konsensualvertrag selbständige obligatorische Verbindlichkeiten erzeugt.

Der Gegensatz der hier vertretenen Auffassung zu der zuerst gedachten treibt aber seine praktische Spitze in der Frage über die Beweislast. Sieht man Geschäfte der fraglichen Art als Abschluß eines promissorischen Vertrages und die beiderseitigen Leistungen als Lösung (solutio) der aus solchem eingetretenen Verpflichtung an, so gelangt man dahin zu sagen: jeder Teil muß seinerseits die Lösung seiner Verpflichtung (die „Einrede der Zahlung") beweisen. Hiernach würde aus allen den Tausenden

von Rechtsgeschäften, die in der vorgedachten Weise abgeschlossen werden, Klage erhoben werden können mit der Wirkung, daß, wenn nicht der Beklagte die seinerseits erfolgte Leistung nachwiese, er nochmals leisten müßte. Dann wäre es aber in der That unbegreiflich, daß man nicht hiergegen sich zu schützen bemüht wäre und auch in Fällen dieser Art stets Quittungen forderte; was freilich den Verkehr des täglichen Lebens unerträglich machen würde.

Zu einem andern Ergebnis gelangt man aber durch die vorgedachte Auffassung der fraglichen Rechtsgeschäfte. Ist diese richtig, dann enthält die Entgegnung auf die Klage, daß man nicht einen Kauf als Konsensualvertrag abgeschlossen, daß man vielmehr nur Leistung gegen Leistung ausgetauscht habe, nicht die Einrede der Zahlung, welche der Beklagte beweisen müßte, sondern ein Leugnen des Klagegrundes, welches dem Kläger die Beweislast zuwendet. Daß dies der Auffassung des Lebens entspricht, ist kaum zu bezweifeln. Wer ein Geschäft der fraglichen Art abschließt, denkt nicht daran, aus demselben in der Art sich verbindlich zu machen, daß er Gefahr laufe, wenn er, daraus belangt, nicht die von seiner Seite erfolgte Leistung beweisen könne, nochmals leisten zu müssen. Und nur daraus erklärt es sich, daß in Fällen dieser Art Quittungen weder gefordert, noch gegeben werden*).

Ein Fall der fraglichen Art ist bei dem vormaligen OAG. zu Kassel im Jahre 1865 zur Entscheidung gelangt. Kläger behauptete, sein Vater und Erblasser habe dem Beklagten einmal 200 und ein zweites Mal 150 fl. ausbezahlt. Als Gegenleistung dafür habe Beklagter jedesmal zwei österreichische Hundertguldenscheine zu liefern versprochen; er sei aber damit im Rückstand geblieben. Da nun zugleich verabredet sei, daß jeder der beiden Kontrahenten gegen Rückgabe des Erhaltenen das Gegebene zurückverlangen dürfe, so klage er auf Rückzahlung der 350 fl. Der Beklagte erwiderte: er habe allerdings die 200 und 150 fl. erhalten, aber in unmittelbarem Austausch gegen je zwei von ihm hingegebene Hundertguldenscheine. Ein Versprechen, wie es Kläger ihm unterschiebe, habe er niemals gegeben. — Die erste Instanz legte dem Kläger den Beweis des Rechtsgeschäfts, so wie er es behauptete, auf. Die zweite Instanz dagegen hielt den Klaggrund für zugestanden, legte dem Beklagten den Beweis

*) Auf die von mir an den Kassierer eines Bankgeschäftes gerichtete Frage, ob er, wenn jemand bei ihm Geld wechsle, sich über den seinerseits ausgezahlten Betrag eine Quittung geben lasse, antwortete er: „Das ist nicht nötig, da trennt uns ja der Tisch.“ In diesen Worten spricht sich recht deutlich der Gedanke aus, daß in solchen Fällen ein promissorischer Vertrag gar nicht entstehe.

der seinerseits erfolgten Leistung auf und erkannte auf den darüber zugeschobenen und angenommenen Eid des Klägers.

Das OAG. stellte die Entscheidung der ersten Instanz wieder her, indem es aussprach: die Erklärung des Verklagten enthalte nicht sowohl ein Zugeständnis des vom Kläger behaupteten zweiseitigen Schuldversprechens, dessen Erfüllung von Seiten des Verklagten noch in Frage stände, als vielmehr ein Ableugnen eines solchen Schuldversprechens, indem der Verklagte behaupte ein selbständiges, von dem Austausch der beiderseitigen Leistungen verschiedenes Obligationsverhältnis gar nicht eingegangen zu sein. Ein solches sei auch nicht notwendig in der, allerdings vorauszusetzenden, vorgängigen Verständigung über den zu bewirkenden Austausch zu finden. Darnach habe die Beweislast nicht den Verklagten, sondern den Kläger getroffen. — Übereinstimmend hiermit ist ein Erkenntnis des ROHG. Entsch. Bd. 16 Nr. 45*).

Übrigens kann die nämliche Streitfrage auch noch in anderen Verhältnissen praktisch werden. Gesetzt, ich gebe meinem Diener Geld, um eine von mir eingegangene Schuld zu bezahlen; er unterschlägt es aber: so ist es unzweifelhaft, daß ich von der Schuld nicht befreit werde, ich also den Nachteil zu tragen habe. Gesetzt aber, ich gebe ihm Geld mit dem Auftrag, für mich in einem Laden eine Ware zu kaufen; er aber behält das Geld für sich, und kauft die Waren für mich auf Rechnung. Dann entsteht die Frage: habe ich oder der Kaufmann den Nachteil zu tragen? Sagt man, ich habe ihn beauftragt, 1. einen Kaufvertrag für mich zu schließen, und 2. die Kaufgeldschuld mittels des ihm gegebenen Geldes zu bezahlen: so ist der Erfolg der nämliche, wie im ersten Fall. Er hat meinen Auftrag, einen Kaufvertrag abzuschließen, erfüllt, aber nicht den Auftrag zu zahlen; und ich muß den Schaden tragen. In der That aber habe ich ihn nicht beauftragt, zwei Geschäfte zu besorgen, welche sich trennen ließen; sondern nur das eine Geschäft, eine Ware gegen das ihm gegebene Geld einzutauschen. Dieses Geschäft hat er nicht besorgt, und statt dessen ohne Auftrag einen Kaufvertrag auf meinen Namen geschlossen. Der Kaufmann ist also der Betrogene und hat sich an meinen Diener zu halten.

Zweifelhaft bei der obigen Entscheidung des RG. mußte die Frage erscheinen, ob Klägerin nur eine einfache oder eine beglaubigte Quittung auszustellen gehalten sei. Es ist das eine Frage, die sich nur nach Umständen entscheiden läßt. Das RG. hat vorliegend angenommen, daß der Beklagte sich mit einer einfachen Quittung genügen zu lassen habe, indem es davon ausging, daß derselbe durch Zuziehung von Zeugen den Beweis der Echtheit

*) Siehe auch Römer Arch. f. civil. Prax. Bd. 62 S. 180.

der Unterschrift der Quittung sich zu sichern im Stande sein werde. Daß in denjenigen Fällen, wo es sich um Löschung eines Eintrags in den Grundbüchern handelt, nur gegen beglaubigte Quittung gezahlt werden muß, versteht sich von selbst*).

Bemerkenswert endlich ist die obige Entscheidung noch insofern, als sie auf Grund der Einrede des Beklagten nicht (wie die erste Instanz gethan) die Klage abweist, sondern zur Zahlung „gegen ordnungsmäßige Quittung“ verurteilt; dabei aber der Klägerin die Kosten des Prozesses zur Last setzt. In dieser Weise zu erkennen rechtfertigt sich überall da, wo der Klaganspruch nur mit Rücksicht auf einen gleichzeitig zu erfüllenden Gegenanspruch bestritten und nach den Umständen anzunehmen ist, daß der Kläger eventuell auch dann, wenn seine Verpflichtung zu der Gegenleistung anerkannt werde, den Klaganspruch aufrecht erhalten wolle**). Auch wo es sich um eine zur Löschung eines Pfandeintrags bestimmte Quittung handelt, ist nicht anders zu erkennen. Die Ansicht einzelner Gerichte, daß hier der Schuldner im voraus zahlen müsse, und dann erst Quittung fordern könne***) ist im röm. Recht nicht begründet†) und ist eine durchaus ungesunde.

Die Frage, ob der Schuldner, welcher vorbehaltlos gezahlt hat, nachträglich eine Quittung fordern könne, ist zu bejahen, sobald der Schuldner ein rechtliches Interesse dabei hat††). Dies wird jetzt namentlich durch § 231 CPO. außer Zweifel gestellt. Denn die durch Verweigerung der Quittung veranlaßte Klage ist nichts anderes als eine Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Es ist deshalb auch nicht der Beklagte zu verurteilen: „eine Quittung auszustellen“, sondern durch das Urteil auszusprechen, daß die Schuld getilgt sei. In diesem Urteil, sobald es rechtskräftig geworden, hat dann der Kläger die Quittung, ohne daß es einer Vollziehungsinstanz bedarf.

VIII. Spolienklage.

Auf die von einem Pachter wegen eigenmächtiger Entsetzung aus dem gepachteten Grundstücke wider den Verüber der Entsetzung erhobene Spolienklage erkannte das RG. (Sen. 3):

„Die Meinung, daß die Spolienklage nur dem juristischen Besitzer der Sache zustehe, kann nicht als richtig anerkannt werden. Nach der

---

*) Seuffert Arch. Bd. 1 Nr. 330, Bd. 9 Nr. 69.

**) Entsch. des ROHG. Bd. 7 Nr. 101.

***) Seuffert Arch Bd. 17 Nr. 119, Bd. 35 Nr. 18.

†) Dem Ausspruch in § 3 der l. 9 D. de pign. act. 13, 7 steht der Ausspruch in § 5 eod. gegenüber.

††) Die Entscheidung bei Seuffert Arch. Bd. 9 Nr. 21 (Lübeck) ist unbefriedigend. Siehe dagegen Bd. 19 Nr. 34 (Jena).

Ausbildung, welche die Spolienklage durch die Praxis erhalten hat, ist dieselbe bestimmt, in umfassendster Weise Schutz gegen Eigenmacht zu gewähren; sie kann daher angestellt werden von jedem, der aus einer in eigenem Interesse ausgeübten Detention eigenmächtig entsetzt worden ist, und daher namentlich auch von dem entsetzten Pachter.

Der Spolienprozeß hat sich seinem angegebenen Zwecke gemäß zu beschränken auf die Verhandlung über den Klagegrund der eigenmächtigen Besitzentsetzung. Es sind daher ausgeschlossen alle Einreden, welche das Recht des beklagten Teiles auf das Eigentum, bzw. auf die Erlangung des Besitzes zum Gegenstande haben. Da die von den Beklagten vorgeschützten Einreden, daß die mitbeklagte Ehefrau als gegenwärtige Eigentümerin des fraglichen Grundstückes durch den zwischen ihrer Eigentumsvorgängerin und der Klägerin abgeschlossenen Pachtkontrakt nicht gebunden, sowie, daß dieser Pachtkontrakt durch eine spätere Vereinbarung der Vertragsteile wieder aufgehoben worden sei, nicht geeignet sind, die Feststellung der Vorinstanz, daß die von den Beklagten vorgenommene Besitzentsetzung eine eigenmächtige gewesen sei, zu widerlegen, so sind diese Einreden mit Recht für unzulässig erachtet worden.

Der Rechtssatz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, kann nicht dahin führen, daß eine für den vorliegenden Prozeß an sich unzulässige Einrede zuzulassen sei."

Urt. v. 21. Oktober 1881. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 42.

Es ist sehr erfreulich, daß in der vorliegenden Entscheidung die in einem Teile unserer Wissenschaft vorwaltende romanisierende Richtung, welche die Spolienklage nicht anerkennen und den Besitzschutz lediglich auf die römisch-rechtlich ausgebildeten Rechtsmittel beschränken will, nicht die Oberhand gewonnen hat. Es kann nicht die Aufgabe sein, bei Besprechung dieser Entscheidung die ganze Besitzlehre zu entwickeln. Ich kann mir aber doch nicht versagen, die Bedeutung der hier anerkannten Spolienklage, so wie ich sie auffasse, etwas näher zu beleuchten.

Unsere vom Recht anerkannte und geschützte Herrschaft an Sachen beruht durchweg nur auf der Thatsache der Herrschaft, d. h. auf dem Besitz. Das römische Recht schützt unsere Herrschaft an Sachen in drei Abstufungen: als Eigentum, publizianisches Recht und possessio; (ich brauche hier absichtlich den lateinischen Ausdruck, um das deutsche Wort „Besitz" für einen anderen Gebrauch zu bewahren). Auch das Eigentum beruht überall auf Besitz. Ursprüngliche Arten des Eigentumserwerbes gibt es nur zwei, Occupation und Verjährung, d. h. erster Besitz und langdauernder Besitz. Alle übrigen Erwerbsarten setzen ein bereits bestehendes Eigentum — entweder des Erwerbers selbst an einer anderen Sache, an welche sich das neue Eigentum durch Accession anschließt, oder eines Andern, dessen

Eigentum auf den Erwerber übergeht — voraus. Das publizianische Eigentum hat einen noch nicht vollendeten Verjährungsbesitz zur Grundlage. Bei dem possessorischen Schutz wird der „Besitz" als Grundlage noch weniger bezweifelt werden. Je nachdem nun der Besitz, den wir zur Grundlage unseres Rechts an der Sache nehmen, mehr oder minder qualifiziert ist, nennen wir unser Recht an der Sache Eigentum, publizianisches Recht oder possessio; und darnach sind wir im stande, unser besseres Recht auf die Sache auch einem mehr oder minder qualifizierten Gegner, welcher den gegenwärtigen Besitz für sich hat, durchzusetzen.

Den drei Stufen, innerhalb welcher nach röm. Recht das Recht an einer Sache verfolgt werden konnte, tritt aber nach deutschem Recht — und zwar anknüpfend an das deutsche Rechtsinstitut der Gewähre — eine vierte Stufe hinzu, die zwar mit der dritten römischen Stufe, der possessio, vielfach zusammenfällt, aber keineswegs sich mit ihr identifiziert, und namentlich nicht als eine bloße Erweiterung derselben angesehen werden kann. Es ist dies das reale Innehaben zu eigenem Rechte; ein Verhältnis, welches wir in unserer Sprache recht eigentlich mit dem Namen „Besitz" bezeichnen, während die Übertragung dieses Wortes auf die römische possessio, soweit diese nicht eben thatsächlich mit jenem Verhältnis zusammenfällt, mehr ein künstliches Erzeugnis der Juristensprache ist.

Es ist nämlich als ein historisches Mißgeschick zu betrachten, daß Savigny in einem Buche, dessen juristische Methode einen vollen Umschwung in unserer Wissenschaft erzeugt hat, an der darin behandelten Lehre selbst dadurch schwer gefehlt hat, daß er den deutschen Begriff des „Besitzes" ganz hintansetzte, indem ihm dafür zufolge seiner Befangenheit in römischen Studien der rechte Sinn fehlte*). Er hätte sein Buch „Das Recht der possessio" nennen sollen. Statt dessen nahm er für die römische possessio das deutsche Wort „Besitz" in Beschlag. Und diesen Begriff stempelte er noch dadurch zum alleinigen juristischen Faktor, daß er ihn „juristischen Besitz" nannte. Dagegen fand er unseren deutschen Begriff des Besitzes mit dem ausländischen Wort „Detention" ab**), und — was noch schlimmer war — er erklärte diesen Begriff für civilrechtlich bedeutungslos. Da nun aber

*) Um gerecht gegen Savigny zu sein, darf man nicht vergessen, daß er im 24. Lebensjahre den „Besitz" geschrieben. Hätte er ihn 40 Jahre später geschrieben, so würde das Buch vielleicht ganz anders ausgefallen sein.

**) Nach Vorgang des preuß. allg. LR. hat man diesen Ausdruck öfters durch das Wort „Gewahrsam" zu ersetzen gesucht. Derselbe ist aber in der Sprache des Volkslebens nicht gerade geläufig und nicht auf alle Verhältnisse unseres „Besitzes" anwendbar.

doch dieser Begriff seine praktische Bedeutung für das Leben überall geltend macht, da er uns allen auch als der eigentliche Besitz stets im Blute liegt, so führt dies zu ständigen Verwechselungen, und trägt wesentlich bei zu der unsäglichen Verwirrung, welche in der „Besitzlehre" herrscht.

Man pflegt in der Regel, wenn man die Frage stellt, ob Besitz ein den Rechtsschutz genießendes Verhältnis sei, nur an die Frage zu denken, ob und welche gerichtliche Klagen zu dessen Schutze gegeben seien? Wir sollten aber zunächst an denjenigen Rechtsschutz denken, auf den der Besitz vor allen andern Rechten und zwar in erster Linie angewiesen ist; nämlich an den Schutz durch die eigene körperliche Kraft des Besitzers. Die Frage ist die: wann stehe ich zu einer Sache in einem solchen Verhältnis, daß ich jeden, der in dieses Verhältnis thatsächlich ohne meinen Willen eingreift, mit der Faust zurückweisen darf, ohne meinerseits — civilrechtlich oder strafrechtlich — dem Vorwurf der geübten Gewalt zu verfallen?

Die Römer kannten diese Frage in dieser Allgemeinheit nicht. Bei ihnen galt Eigenmacht nicht von vorn herein als unerlaubt. Erst nach und nach finden wir, und zwar durchweg der späteren Rechtsentwickelung angehörend, einzelne Rechtsmittel innerhalb bestimmter Grenzen gegeben, welche die Ausübung von Gewalt zu hindern bestimmt waren; (possessorische Interdikte; interd. quod vi aut clam; actio quod metus causa)*). Später begegnen wir dann noch einzelnen Kaiserkonstitutionen, welche die Ausübung der Selbsthilfe unter die Strafe des Verlustes des Rechts setzten, die aber in ihrer zusammenhangslosen Gestaltung zu einer Durchbildung der Lehre nicht führten. (So das in l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7 und l. 13 D. quod met. c. 4, 2 mitgeteilte Decretum divi Marci; und die im Jahr 389 erlassene l. 7 C. unde vi 8, 4.) In ihrer Richtung auf Privatstrafe sind diese Gesetze in einem großen Teile der deutschen Praxis niemals heimisch geworden. Gleichwohl ist man bei uns, wenigstens theoretisch, ziemlich einig über den Satz: Eigenmacht ist verboten. Aber was ist denn Eigenmacht? Und welche Rechtsmittel sind dagegen gegeben? Darf ich etwa überhaupt gar nicht mehr die Hand rühren, um mich in meinen Rechten zu schützen? Das wäre in der That ein kaum erträglicher Zustand. Nein, auch noch heute, wie in den ersten Zeiten eines erwachenden Rechtslebens, ist die eigene physische Kraft die erste Instanz, welche jeder zum

*) Dabei darf man jedoch nicht übersehen, daß im älteren röm. Recht die Fristen für die Ersitzung des Eigentums außerordentlich kurz waren, wodurch ein großer Teil des Schutzes, den wir jetzt possessorisch erwirken, schon in der Eigentumsklage lag.

Schutz seiner Rechtssphäre angehen darf. Der Bauer, der auf sein Feld kommt und findet, daß sein Nachbar über die Grenze ackert, erfaßt ihn mitsamt seinem Pfluge, und wirft ihn über die Grenze zurück. Und das von Rechts wegen.

Es gibt ein bestimmtes Bereich, innerhalb dessen ich durch eigene Kraft mich schützen darf. Dieses Bereich umfaßt nicht bloß meinen Körper. Es umfaßt auch diejenigen Sachen, die zu mir in einem gewissen Verhältnis stehen. Dasjenige Verhältnis nun, kraft dessen ich mich mit der eigenen Kraft in der thatsächlichen Herrschaft über die Sache schützen darf, das ist der Besitz nach unserem heutigen Begriffe des Wortes; und gerade in dieser Bedeutung ist der Besitz das allerwichtigste Recht, kaum minder bedeutsam als das Eigentum.

Dieser Besitz ist aber mit der röm. possessio keineswegs identisch. Die Römer erkannten grundsätzlich nur denjenigen, welcher den Eigentumsbesitz ausübte, als possessor an. Nur ausnahmsweise bezeichneten sie einen unter Anerkennung fremden Eigentumes an der Sache geübten Besitz als possessio, und knüpften an diese possessio possessorischen Schutz durch Interdikte Es sind dies die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes, unter denen freilich die possessio des precario tenens die wunderlichste Rolle spielt. In der Mehrzahl der Fälle dagegen, wo jemand thatsächlich besitzt unter Anerkennung fremden Eigentums, bezeichneten die Römer denjenigen als possessor, welcher selbst nicht den thatsächlichen, sondern nur einen idealen Besitz hatte, der darin für ihn bestand, daß er von dem thatsächlichen Besitzer als Eigentümer anerkannt wurde. Demgemäß gewährten sie diesem possessor nicht allein die an den Besitz sich knüpfende Verjährung, sondern auch den possessorischen Rechtsschutz. Dem thatsächlichen Besitzer aber gewährten sie kraft seines Besitzes gar keinen Rechtsschutz; er hatte nur den Rechtsschutz aus dem Rechtsverhältnis, kraft dessen ihm der Besitz eingeräumt war. Wurde also der römische Pachter oder Mieter aus dem Grundstücke hinausgeworfen, so hatte er wegen dieser formalen Rechtsverletzung keine Klage. Er mußte zu seinem Verpachter oder Vermieter seine Zuflucht nehmen, und sich erst eine Klage von diesem cedieren lassen. War dieser selbst der Hinauswerfer, so hatte er gegen ihn nur die Klage aus der Pacht oder Miete, welche schließlich auf eine Entschädigungsforderung hinauslief. Bei Vermietung oder Verleihung einer beweglichen Sache konnte der Eigentümer jederzeit in die Wohnung des Besitzers eindringen und die Sache sich wegholen. Dann hatte der andere nur die Klage aus dem Kontrakte; in dem eigenmächtigen Handeln des Eigentümers dagegen wurde keine Rechtsverletzung erblickt. Auch wenn zur Abwehr von Besitzstörungen das inter-

dictum uti possidetis erhoben wird, so sind die für dasselbe beibehaltenen Einreden aus den sog. Besitzfehlern — ursprünglich herstammend aus der Zeit, wo das Interdikt die Aufgabe hatte, einen zwischen Mehreren streitigen Besitz zu regulieren — ganz geeignet, den Besitz zu einem Spielball der Eigenmacht zu gestalten.

Es ist das Verdienst des kanonischen Rechtes, resp. der Kanonisten, diese verworrene Lehre des röm. Rechts, in welche selbst der Scharfsinn und die Vorliebe eines Savigny keinen gesunden Zusammenhang zu bringen vermochte, dadurch auf eine einfachere und natürlichere Grundlage zurückgeführt zu haben, daß sie dasjenige Verhältnis, in welchem wir heutzutage den natürlichen Bestand des Besitzes erkennen, zu einem Rechtsverhältnis erhoben, kraft dessen derjenige, welcher gegen eigenmächtiges Vorgehen nicht schon durch eigene Kraft sich schützen will oder kann, auch einen Rechtsschutz dagegen genießt. Das zu diesem Zweck gegebene Rechtsmittel ist die Spolienklage*).

Die Spolienklage ist der civilrechtliche Repräsentant des Satzes: Eigenmacht ist verboten. Sie tritt ein zur Wiederherstellung gegen das (formelle) Unrecht, welches dadurch begangen wird, daß jemand eigenmächig in die Rechtssphäre des andern eingreift. Bestimmt wird diese Rechtssphäre durch den Besitzstand, den jeder thatsächlich beherrscht. Dadurch ist, neben dem Eigentum, dem publizianischen Recht und der röm. possessio, der thatsächliche Besitz — ich will ihn der Deutlichkeit halber Realbesitz nennen**) — zu einer vierten Abstufung geworden, innerhalb deren das Recht an Sachen geschützt wird. Es ist dieser Begriff des Besitzes nicht etwa bloß eine Erweiterung der röm. possessio. Fällt er auch vielfach mit dieser zusammen, so setzt er sich auch mehrfach zu derselben in Gegensatz und genießt im Gegensatz zu ihr Rechtsschutz.

Wir wollen versuchen, dieses Besitzrecht seinem Umfange nach etwas genauer festzustellen.

Gegenstand desselben ist vor allem die Wohnung, die jemand selbständig inne hat, mag er dieselbe nun als Eigentümer oder mietweise oder kraft einer sonstigen Berechtigung inne haben; desgleichen alles, was innerhalb dieser Wohnung in seinem Gewahrsam

---

*) Die Spolienklage wird bekanntlich aus einer Stelle der pseudo-isidorischen Sammlung c. 3 C. 3 q. 1 (l. Redintegranda) abgeleitet. Es wäre gar nicht denkbar, daß aus dieser Stelle eine solche Lehre erwachsen wäre, wenn nicht hinter derselben ein treibender Rechtsgedanke gestanden hätte, der dringend nach Verwirklichung verlangte. Vgl. auch Jhering Geist des röm. Rechts Bd. 3 Note 635.

**) Im röm. Recht existiert zur Bezeichnung der verschiedenen Arten des Besitzes eine ganze Reihe von Namen: civilis possessio, naturalis p., corporalis p., detentio &c. Da aber über deren Bedeutung vielfach gestritten wird, enthalte ich mich des Gebrauchs derselben.

sich befindet. Meine Wohnung darf gegen meinen Willen niemand betreten; auch der Vermieter nicht, soweit nicht etwa die ihm obliegende Obsorge für das als Ganzes in seinem Besitz verbleibende Haus ausnahmsweise ein Beschreiten auch der vermieteten Räume rechtfertigt. Dieser Besitz am Hause als Ganzem rechtfertigt es auch, daß, wenn ich aus der gemieteten Wohnung ausziehen will, ohne den Mietzins bezahlt zu haben, der Vermieter die Hausthür verschließen und so sich in den Besitz meiner Sachen setzen darf, die ihm zum Pfande dienen. Keinen Besitz an meiner Wohnung gewinnen aber solche, die nur kraft eines Dienst- oder ähnlichen Verhältnisses sich in meiner Wohnung befinden, selbst wenn sie auf kürzere oder längere Zeit allein darin verweilen und solchergestalt mich im Besitze vertreten. Wenn ich ausgehe, und mein in der Wohnung zurückgebliebener Diener wollte mir, wenn ich nach Hause komme, die Thür verschlossen halten, weil er im Besitze sei, so darf ich gewaltsam die Thür öffnen lassen und den Diener hinauswerfen. Ebenso, wenn ich auf mein Landgut einen Verwalter gesetzt. Fremden Eindringlingen gegenüber würde zwar auch mein Diener oder Verwalter das Recht haben, sich durch eigene Kraft im Besitz zu schützen; aber er würde dies nur als mein Vertreter thun. Ein eigenes Besitzrecht hat er nicht. Nur wenn ich etwa meinem Verwalter eine Wohnung zur selbständigen Benutzung eingeräumt hätte, würde er an dieser ein Besitzrecht haben.

Was in meiner Wohnung (oder in ähnlichen unter meinem Verschluß gehaltenen Räumen) sich befindet, darf ohne meine Einwilligung niemand, auch nicht der Eigentümer oder der röm. possessor wegnehmen, einerlei, ob ich selbst den animus domini gefaßt habe oder nicht. Eine Ausnahme ist nur begründet für Sachen, die in meine Wohnung eingebracht sind von Personen, welche mit mir die Wohnung teilen. Mein Diener, so lange er bei mir wohnt, bleibt daher im Besitz des Koffers und der Sachen, die er mitgebracht hat. Ein Fremder, der mich besucht, wird zwar nicht Besitzer des Stuhles, auf welchem ich ihn habe Platz nehmen lassen (obgleich er diesen im eigentlichen Sinne „besitzt“), wohl aber bleibt er Besitzer des Hutes und Regenschirmes, die er mitgebracht und in meinem Zimmer niedergelegt hat. Ist er aber weggegangen und hat den Regenschirm vergessen, und habe ich letzteren in meinen Schrank gestellt, so hat sein Besitzrecht daran aufgehört, und er darf nur mit meiner Erlaubnis ihn wieder wegholen.

Bei Grundstücken hat jeder das Besitzrecht, welcher das Grundstück zur Ausübung eines eigenen Rechts vollständig inne hat, einerlei, ob er Eigentum oder ein anderes Recht daran ausüben will.

Besitzer ist daher auch der Nießbraucher und der Pachter, letzterer jedoch nur, wenn ihm eben das Grundstück zur vollen Be-

nutzung eingeräumt ist. Wenn ich aber in meinem Vergnügungsgarten das Gras auf den Rasenplätzen oder das Obst auf den Obstbäumen verpachte, so wird der Pachter nicht Besitzer; vielmehr bleibt mir der Besitz, und der Pachter darf nicht gegen meinen Willen mein Grundstück betreten.

Auch bei Dienstbarkeiten gewinnt nur derjenige, dessen Dienstbarkeit mit einem Besitz der Sache verbunden ist, Besitzrecht; also namentlich der Nießbraucher. Dagegen hat ein anderer Berechtigter, sollte er auch nach röm. Recht juris possessor und als solcher auf possessorischen Schutz berechtigt sein, kein Besitzrecht. Habe ich die Berechtigung, über ein fremdes Grundstück zu gehen oder zu fahren, und stellt sich, wenn ich das Recht ausüben will, der im Besitz des Grundstücks befindliche Eigentümer mir gegenüber und verbietet die Ausübung, so habe ich kein Recht, ihn zu verdrängen und dennoch mein Recht auszuüben. Thue ich es, so handle ich eigenmächtig*).

Diese kurze Skizze mag genügen, um zu zeigen, um was für Fragen auf diesem Rechtsgebiete es sich handelt. Es kann ja nicht die Rede davon sein, dieselben hier zu erschöpfen. In unsern Lehrbüchern pflegen aber diese Fragen gar nicht behandelt zu werden; es wird die Besitzfrage immer nur im Sinne der röm. possessio erörtert. Die wichtige Frage über das Verhältnis des Realbesitzes zu dieser bleibt unbesprochen, weil das röm. Recht dieselbe beiseite läßt.

Bedeutungsvoll ist diese Frage, weil eine Menge der wichtigsten Rechtsverhältnisse davon abhängt.

Zunächst und vor allem die Frage, ob ich mit eigener Kraft im Besitze mich schützen darf, ob ich also nicht dem Strafrichter verfalle, wenn ich die Faust erhebe, um den Gegner zu vertreiben**).

Ferner ist daran die Ausübung mancher Rechte geknüpft. So das Zurückbehaltungsrecht, welches ich so lange ausüben kann, als ich im Realbesitz der Sache mich befinde***). Desgleichen das jus

---

*) Man darf dies nur nicht dahin mißverstehen, als ob der Servitutberechtigte bei jeder Ausübung erst anfragen müßte. So lange er keinen Grund hat, anzunehmen, daß der Eigentümer kraft seines Besitzrechts ihn ausschließen wolle, darf er ohne weiteres sein Servitut ausüben und, wenn der Eigentümer wegen Besitzstörung klagen wollte, den Bestand seiner Servitut einredeweise geltend machen. Es ist das der Klage aus dem Besitze gegenüber keine unzulässige Einrede aus dem Rechte.

**) Es ist eine eigentümliche Ansicht von Savigny, wenn er meint, die Frage, ob ich mich selbst im Besitze schützen könne, habe nur Bedeutung für das Strafrecht. Vom Standpunkt des Juristen vielleicht, vom Standpunkt des Menschen aber doch gewiß nicht.

***) Entsch. d. ROHG. Bd. 16 Nr. 23, wo die verkehrte Ansicht der 2. Instanz berichtigt wird, daß das Retentionsrecht nicht auszuüben stehe, weil Beklagter nur „alieno nomine" besitze.

tollendi. So lange ich meine Mietwohnung besitze, darf ich einen Ofen, den ich auf meine Kosten habe setzen lassen, abbrechen und mitnehmen. Bin ich bereits ausgezogen, so darf ich es nur noch mit Erlaubnis des Eigentümers. Verweigert er sie, so muß ich Klage erheben.

Der Begriff des Faustpfandes (welches nach neueren Gesetzgebungen oftmals als einzige Form der Verpfändung von Mobilien gilt), knüpft sich an den Realbesitz der Sache (s. Nr. IX). Auch die Frage, wer als „Besitzer einer Sache“ verklagt werden könne, bestimmt sich durch den Realbesitz; wenn auch der Realbesitzer, der „im Namen eines Dritten besitzt“, diesem nach Maßgabe des § 73 CPO. den Streit verkünden kann.

Nicht minder ist die Pfändung an den Realbesitz geknüpft. Alles, was im Realbesitz des Schuldners sich befindet, kann auf Grund einer wider ihn eingeleiteten Zwangsvollstreckung gepfändet werden. Gegenstände, die angeblich dem Schuldner gehören, aber im Realbesitze eines Dritten sich befinden, unterliegen nur mit dessen Einwilligung der Pfändung. Verweigert dieser die Einwilligung, so kann nur der Anspruch des Schuldners auf die Sache Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein.

Strafrechtlich knüpft sich an den Begriff des Realbesitzes die Unterscheidung von Diebstahl und Unterschlagung. Der Uhrmacher, dem ich meine Uhr zur Ausbesserung in seine Wohnung schicke, der sie aber abhanden bringt, unterschlägt dieselbe. Der Holzhauer, der von dem vor meiner Hausthür liegenden Holze, das ich ihm zum Kleinmachen überwiesen habe, mit sich nimmt, stiehlt.

Nach der früheren Praxis gemeinrechtlicher Länder wurde auch geübte Eigenmacht als selbständiges Vergehen gestraft. Der Begriff derselben knüpfte sich natürlich an den Realbesitz. Nach Vorgang des preußischen enthält das deutsche Strafgesetzbuch keine gegen Eigenmacht als solche gerichtete Strafbestimmung. Ich halte das für einen erheblichen Mangel. Die einschlagenden Vergehen werden nun meistens unter falschen oder nur durch zufällig sie begleitende Thatsachen begründeten Gesichtspunkten (als Diebstahl, Nötigung, Beleidigung, Hausfriedensbruch 2c.) gestraft. Trifft keiner dieser Gesichtspunkte zu, so bleibt die Handlung straflos (z. B. Entsch. d RG. in Strafsachen Bd. 3 Nr.. 69), wodurch die Rechtsordnung keineswegs gefördert wird*). Wohl aber hat auch auf dem Felde

*) Bei Schaffung des deutschen Strafgesetzbuchs im Reichstage habe ich vergeblich mich bemüht, eine gegen Eigenmacht gerichtete Strafbestimmung zur Geltung zu bringen. Namentlich die preußischen Juristen hatten dafür keinen Sinn. Über die Notwendigkeit, die geübte Eigenmacht vom Diebstahl zu unterscheiden (nachdem man aus der Definition des letzteren das „lucri faciendi causa“ hinweggelassen) s. meine Rede im Reichstage, Sten. Ber. v. 1870 S. 673.

des bestehenden Strafrechts der Realbesitz insofern Bedeutung, als, so lange ich mich in dessen Verteidigung befinde, Handlungen, die sonst als Beleidigung oder geübte Gewalt gelten würden, als solche nicht gelten.

Fehlt es nun an einem durchgreifenden strafrechtlichen Schutz gegen Eigenmacht, so ist der civilrechtliche Schutz um so dringender geboten. Dieser liegt in der Spolienklage, deren Grundsatz in den Worten gegeben ist: Spoliatus ante omnia restituendus. Selbstverständlich müssen alle Einreden aus einem dem Spolianten zustehenden stärkeren Rechte vor dieser Klage zurückweichen. Es ist die rein formale Verletzung des aus dem Realbesitz entspringenden Rechtes, welche der Klage den Weg bahnt*).

Das Verhältnis der Spolienklage zu den römischen possessorischen Rechtsmitteln ist das: die letzteren bestehen neben der Spolienklage fort, soweit sie nicht von dieser aufgezehrt werden. Dieses Wort ist in einem doppelten Sinn zu verstehen. Die römische Possessorienklage wird durch die Spolienklage aufgezehrt, insoferne als sie mit dieser zusammenfällt, die letztere aber eine stärkere Wirksamkeit ausübt. Das Wort ist aber auch für den Fall zu verstehen, daß das römische Possessorienrecht und die Spolienklage in Gegensatz zu einander treten. Dann bleibt letztere die stärkere. Wer also eigenmächtig eine Servitut ausübt, kann sich nicht damit verteidigen, daß er geltend macht, er sei im „Besitze" der Servitut und es stehe ihm zu deren Schutze ein possessorisches Interdikt zu. Der Verpachter, welcher den Pachter des Besitzes entsetzt hat, kann nicht die Einrede erheben, das er selbst possessor sei. Dagegen wird nichts entgegenstehen, daß, wenn ein Dritter den Pachter entsetzt hat, auch der Verpachter als possessor das im röm. Recht ihm gegebene Rechtsmittel (int. unde vi) gebraucht.

---

*) Wenn Bruns (Besitzklagen S. 234) gegen die Spolienklage bei Mobilien die „Einrede des Eigentums" gestatten will, so vernichtet er damit die Spolienklage als solche. Denn es würde dieser Satz nichts anders bedeuten, als: der Eigentümer darf sich seine Sache überall eigenmächtig wegholen. Wenn Bruns die Frage aufwirft: „ob wohl unser Volk dem Depositar, dem Finder u. a., dem der Eigentümer die Sache wieder weggenommen hat, eine Klage auf Rückforderung geben wolle, wenn dieser sein Eigentum beweisen könne?" — so wäre das recht schön, wenn man nur immer der Sache von vorn herein ansehen könnte, daß sie sich so verhielte. Die Frage ist aber die, ob derjenige, welcher gegen meinen Willen eine Sache aus meinem Gewahrsam weggeholt, mich, wenn ich sofortige Rückgabe verlange, mit der vielleicht jahrelangen Beweisführung über sein Eigentum aufhalten darf; oder ob es nicht richtiger ist, ihm zu sagen: „Erst gib die Sache zurück, die du ordnungswidrig weggenommen hast; dann beweise dein Eigentum, und sie wird dir dann wiedergegeben werden." Ich glaube, daß unser Volk einen sehr lebhaften Sinn dafür hat, daß niemand sich das Wegholen von Sachen aus seiner Wohnung hinter seinem Rücken gefallen zu lassen braucht, mögen sie gehören, wem sie wollen.

Die an die possessio sich knüpfenden Rechte der Ersitzung werden durch den ausgedehnteren Schutz, den der Realbesitz genießt, natürlich nicht berührt.

Daß die Spolienklage ebensowohl in bezug auf Mobilien wie Immobilien zusteht, liegt in der Natur des derselben zu Grunde liegenden Prinzips.

Das röm. Recht knüpft den Schutz des possessor gegen eigenmächtige Besitzentsetzung an eine wider ihn verübte Gewalt; und zwar soll es eine vis atrox sein, welche ihn zum int. unde vi berechtigt. Gesetzt also, ich gehe auf meinen Acker, den ich noch im vorigen Jahre, ja vielleicht viele Jahre hindurch bestellt und beerntet habe, im Frühjahr hinaus und finde dort zu meinem Erstaunen meinen Nachbar mit einem Rudel Knechten beschäftigt, das Land mit Kartoffeln zu bepflanzen. Er weicht mir nicht aus, sondern behauptet — aus irgend welchem Grunde — auf den Acker berechtigt zu sein. Was soll ich nun machen? Ich darf allerdings den Eindringling fassen und von meinem Grundstück werfen. Wie aber, wenn ich mich nicht stark genug dazu fühle? Muß ich nun doch mit ihm eine Schlägerei beginnen, um vielleicht mit blutigem Kopfe dem Richter den Beweis zu führen, daß eine vis atrox gegen mich verübt sei? Nein, solchen Unverstand verlangt das Recht nicht mehr von mir. Die geübte Eigenmacht liegt auch vor, ohne daß es zum Handgemenge zwischen uns gekommen ist. Und die Spolienklage gewährt mir Schutz dagegen.

Hieraus erläutert sich aber auch, was manchem Theoretiker so wunderbar erscheint, daß der Kläger nicht zu beweisen brauche, daß er den Besitz unfreiwillig verloren habe, sondern der Beklagte beweisen müsse, daß der Verlust in einer denselben rechtfertigenden Weise geschehen sei. Diese Beweisregel ist nichts anderes, als die Folge davon, daß überhaupt reine Negativen nicht zu beweisen sind. Oder soll in dem obigen Falle der Kläger den Beweis führen, daß nicht irgend ein Vorgang stattgehabt habe, der den Beklagten berechtige, von dem Grundstück Besitz zu ergreifen? Wenn der Kläger beweist, daß er bisher besessen und daß nun der Beklagte Besitz ergriffen habe, so entspricht es allgemeinen Grundsätzen, daß der Beklagte darlegen muß, was ihn zu dieser Besitzergreifung berechtige.

Daß die Spolienklage auch dem dritten Besitzer gegenüber zugelassen wird, der bei seinem Erwerb von dem Spolium Kenntnis hatte*), ist eine durchaus nicht unnatürliche Erweiterung des Besitzesschutzes gegen den Teilnehmer an der verübten Widerrecht-

*) c. 18, X de rest. spoliat. 2, 13.

lichkeit. Die Zulassung derselben jedem dritten Besitzer gegenüber würde dagegen eine völlig ungerechtfertigte Ausdehnung sein.

Auch die Ausdehnung der Spolienklage auf Verhältnisse, mit denen gar kein Realbesitz verbunden ist — soviel sie auch vertreten und angewendet ist — scheint mir ganz ungerechtfertigt. Dies gilt namentlich von ihrer Anwendung auf Servituten, Reallasten, Gehaltsansprüche und ähnliche eines Realbesitzes gar nicht fähige Berechtigungen*). Wenn jemand mit Lieferung einer Reallast ausbleibt, so handelt er zwar unrecht, aber er stört nicht die öffentliche Ordnung. Der Berechtigte mag die Klage aus der ihm zustehenden Berechtigung anstellen; für die Spolienklage aber fehlt die naturgemäße Grundlage**).

Der possessorische Schutz für die mit keinem Realbesitz verbundenen Servitutenrechte ist überhaupt eine künstliche Schöpfung, für deren Aufrechthaltung ein legislatorisches Bedürfnis nicht besteht, und die deshalb noch weniger zu einer Erweiterung sich eignet. Wenn die Wiedereinsetzung in den Besitz der Servitut die Folge hätte, daß — wie bei der Eigentumsklage — der Besitzende von der Beweislast frei wäre, so hätte der possessorische Schutz auch hier eine Bedeutung. Da aber — wenigstens nach der vorherrschenden Anschauung in der Praxis — auch den im Besitz befindlichen Servitutprätendenten bei der konfessorischen, wie bei der negatorischen Klage die Beweislast trifft, so hat die vorgängige possessorische Klage keinen andern Zweck, als den Prozeß zu verdoppeln.

Einen eigentümlichen Weg geht Savigny in der 6. Ausgabe seines Werkes (S. 630). Er will der Spolienklage, die nun einmal, wie er anerkennt, nicht aus der Welt zu schaffen sei, gerade die hier fraglichen deutschrechtlichen Institute, Reallasten, publizistische und kirchliche Rechte, und auch noch diejenigen Servituten, für welche im röm. Recht ein Besitzschutz nicht ausgebildet sei, überweisen. „Weiter aber darf, wie ich glaube, die Anwendung der Spolienklage nicht geführt werden." Der Zweck ist sehr klar. Savigny will jene ihm als Romanisten fern liegenden Institute der Spolienklage gewissermaßen preisgeben, um alles übrige für sein römisches Recht zu retten. Für ihn ist die Spolienklage nur eine absonderliche Mißbildung, die, unbegreiflicherweise, aus einer gefälschten Stelle des kanonischen Rechts hervorgegangen.

---

*) Für die Spolienklage, angewendet auf Gehaltsansprüche, hat ohne Zweifel die Zulassung derselben bei Entsetzung aus einer Pfründe zum Muster gedient. Bei dieser liegt aber auch ein Realbesitz an dem zur Pfründe dienenden Grundstück vor, und die Entsetzung aus diesem begründet die Spolienklage.

**) Diese Ansicht ist auch vertreten vom OAG. in München (Seuffert Arch. Bd. 29 Nr. 7).

Dem derselben zu Grunde liegenden Rechtsgedanken, daß dadurch eine formale Ordnung für die Beherrschung der gesamten Sachenwelt hergestellt werde, und daß dies ein dringendes Bedürfnis jedes geordneten Rechtszustandes sei, stand er fremd gegenüber.

Wenn hiernach kein Grund vorliegt, die Spolienklage auf Rechtsinstitute auszudehnen, bei welchen wegen Mangel eines Realbesitzes die Ausübung von Eigenmacht gar nicht möglich ist, so liegt andererseits auch kein Grund vor, die Spolienklage da, wo für sie der Boden gegeben ist, nur im Falle der vollendeten Besitzentsetzung für anwendbar zu halten. Nach den Grundsätzen derselben müssen auch Störungen des Realbesitzes behandelt werden. Auch sie sind Verletzungen der formalen Ordnung im modernen Sinne des Wortes. Nicht selten wird es sehr zweifelhaft sein, ob eine Handlung als Besitzentsetzung oder Besitzstörung anzusehen sei. Und gerade Fälle dieser Art machen es fühlbar, wie wenig es sich rechtfertigt, je nach der einen oder anderen Annahme verschiedene Grundsätze anzuwenden.

Was endlich die Verjährungsfrage anbelangt, so sprechen alle Gründe für die kurzen Verjährungsfristen der römischen Besitzklagen auch für deren Anwendung bei der Spolienklage. Ein lediglich auf Herstellung der formalen Ordnung berechnetes (gewissermaßen polizeiliches) Rechtsmittel bedarf dringend einer kurzen Verjährung.

Selbst der eifrigste Romanist könnte aber vielleicht mit der Spolienklage sich versöhnen, wenn er in Betracht zöge, daß auch eine römische Civilklage reinsten Wassers gegeben ist, die in allem Wesentlichen mit der Spolienklage parallel geht. Es ist das die Erbschaftsklage (hereditatis petitio). Während die Römer von dem Lebenden verlangten, daß er zunächst durch eigene Kraft sich in der Herrschaft über die von ihm besessenen Sache schütze, und nur zögernd, anfangs in engen Grenzen, gegen eigenmächtiges Eingreifen Anderer ihm Rechtsschutz gewährten, waren sie schon frühzeitig sich bewußt, daß der Besitzstand eines Verstorbenen, der sich nicht mehr wehren könne, des besonderen Rechtsschutzes bedürfe, sollten die Rechte des zur Erbschaft Berufenen nicht illusorisch werden. Deswegen gewährten sie dem Erben eine Klage, welche den B e s i t z s t a n d des Erblassers, einerlei ob juristischer oder nicht juristischer Besitz, zur Grundlage hatte*). Denn auch die im

---

*) Wenn die Formel der Erbschaftsklage (si paret, L. Annii hereditatem Ai. Ai. esse etc.) der petitorischen Formel der Eigentumsklage nachgebildet war, so beruht dies ohne Zweifel darauf, daß die H. P. ursprünglich den Streit auszutragen bestimmt war, ob A. oder N. Erbe sei. In diesem Sinne kann man ja die Erbschaftsklage als eine vindicatio hereditatis bezeichnen. Die Klage konnte aber auch dazu benutzt werden, den Streit auszutragen, der lediglich darüber bestand, ob N. Vermögensstücke, die zu der dem A. zustehenden Erbschaft

fremden Namen vom Erblasser besessenen Sachen fallen unter die Erbschaftsklage. Der reale Besitz des Erblassers ist entscheidend*). Andererseits richtet sich die Klage nur gegen solche, welche pro herede oder pro possessore besitzen, d. h. die Sache aus dem Nachlaß an sich genommen haben, sei es in dem Glauben Erbe zu sein, sei es ohne alle Berechtigung. Gegen den Dritten, welcher singulari titulo besitzt, d. h. die Sache von einem solchen, der sie aus dem Nachlaß an sich genommen, erworben hat, geht die Klage in der Regel nicht; außer wenn er wissentlich auf ungültigen Titel erworben hat, also mala fide besitzt**). Ein Titel, der die Erbschaftsklage ausschließt, ist aber nicht etwa ein Verhältnis zum Erblasser, welches den Besitzenden berechtigt hätte, von diesem die Sache — dinglich oder obligatorisch — zu fordern. Denn ein Titel für den Besitz ist nur ein Geschäft, mit Beziehung auf welches der Besitz eingeräumt wird. Wenn ich über eine Sache einen Kaufvertrag abschließe, sie dann aber stehle, so bildet der Kaufvertrag nicht einen Titel für meinen Besitz. Ebensowenig, wie ich in dieser Weise verfahren darf, darf ich auch, wenn ich auf eine Nachlaßsache dem Erblasser gegenüber ein Recht zu haben behaupte, die Sache eigenmächtig aus dem Nachlaß hinwegnehmen. Wer dies thut, ist praedo im Sinne der l. 11 § 1 de H. P. 5, 3*). Dafür spricht auch noch folgende Analogie. Hätten die Römer nicht auf die formale Unantastbarkeit des Nachlasses zu Gunsten des Erben den größten Wert gelegt, so hätte es doch am nächsten

---

gehörten, widerrechtlich an sich genommen habe und dem Kläger vorenthalte. Dann erlangte der Kläger durch Anerkennung seines Erbrechts die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe dieser Sachen. In dieser ihrer thatsächlichen Begründung ist die H. P. eine der Spolienklage analoge Besitzklage.

*) l. 18 § 2, l 19 D. de H P. 5,3.

**) l. 13 § 1 eod.

***) Freilich ist dieses bestritten. Die Bestreitenden sind immer wieder diejenigen Juristen, welche für das Bedürfnis eines durch den Besitzstand herzustellenden formalen Schutzes gegen Eigenmacht keinen Sinn haben. Ausdrücklich ausgesprochen ist die Unzulässigkeit der Einrede des Eigentums an einer aus dem Nachlaß entnommenen Sache in l. 3 C. quor. bon. 8, 2. Hiergegen wird freilich geltend gemacht, es beziehe sich diese Bestimmung nur auf das interd. quor. bon., nicht auf die H. P. Nun ist es zunächst streitig, ob das interd. quor. bon. wirklich ein summarisches Rechtsmittel, und nicht bloß das von der H. P. gar nicht verschiedene Rechtsmittel des prätorischen Erben sei; letzteres vertritt namentlich Savigny. Aber auch wenn man ersteres annimmt, stehen doch der Annahme, daß vorliegend die Einrede des Eigentums nur wegen Illiquidität verworfen sei, die ganz allgemein redenden Worte entgegen, mit welchen die nämliche Konstitution im Cod. Theod. (l. un. 4, 21) eingeleitet wird, und welche also lauten: Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? In diesen Worten ist der hier vertretene Grundsatz klar anerkannt.

gelegen, wenigstens demjenigen, welchem der Erblasser selbst eine Sache aus dem Nachlasse von Todes wegen zugewiesen, also dem Legatar das Recht zu geben, in den Nachlaß einzugreifen und sich die ihm vermachte Sache unmittelbar zu nehmen. Die Römer aber gewährten ihm dieses Recht nicht; vielmehr war dem Erben ein besonderes Interdikt — quod legatorum — gegeben, um dem Legatar die solchergestalt weggeholte Sache, trotz seines materiellen Rechts auf dieselbe, wieder abzuholen. Der Legatar, der in dieser Weise eigenmächtig verfahren, wird mit dem pro herede und pro possessore Besitzenden auf eine Linie gestellt (l. 1 § 2, § 4 D. quod leg. 43, 3). Wenn ich aber für mein eigenmächtiges Eingreifen in den Nachlaß nicht einmal auf ein mir vom Erblasser zugewiesenes Vermächtnis mich berufen darf, wie viel weniger ist es denkbar, daß ich mich berufen dürfe darauf, daß mir wider den Erblasser eine Klage auf Herausgabe der Sache zugestanden habe.

Auch sogar die unseren Theoretikern so auffällige Lehre über die Beweislast bei der Spolienklage wiederholt sich bei der H. P. Beweist Kläger, daß der Beklagte eine Nachlaßsache im Besitze habe, so muß letzterer darthun, daß er sie auf besonderen Titel erworben (l. 12, l. 13 pr. D. de H. P.; l. 11 C. de P. H. 3, 21).

Aus der Natur der H. P. erklärt sich endlich auch die Lehre der Römer über die Besitznachfolge des Erben. Sie stellten zunächst den Satz auf, daß auf den Erben zwar alle Rechte übergehen, nicht aber auch die „possessio", solange er nicht wirklich Besitz ergriffen habe. Dies praktisch ausgedrückt heißt soviel: der Erbe hat bezüglich der Erbschaftssachen, ehe er davon Besitz ergriffen, keinen Interdiktenschutz. Warum? Er hatte — auch abgesehen von den auf Erlangung der Erbschaft gerichteten Interdikten — den weit besseren Schutz durch das civilrechtliche Rechtsmittel, die H. P., und hatte deshalb die possessorische Interdikte nicht nötig. Soweit es aber praktisch nötig war — bei der Ersitzung —, ließen die Römer allerdings den Besitz des Erblassers auf den Erben „übergehen" und rechneten ihm selbst die dazwischen liegende besitzlose Zeit zu (l. 20, l. 31 § 5 D. de usurp. et usuc. 41, 3).

Wenn man in diesem Zusammenhang die Spolienklage betrachtet, und zugleich die späteren Kaiserkonstitutionen gegen Selbsthilfe mit in Rechnung zieht, dann wird man finden, daß in der Spolienklage nur ein Gedanke zur Reife gekommen ist, der bereits im röm. Recht, wenn auch nur unvollkommen entwickelt, enthalten war.

Die Schwächen der Savignyschen Besitzlehre sind bereits vielseitig erkannt worden. Die Werke von Bruns („Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart" 1838, und „Die Besitzklagen des röm. und heutigen Rechts" 1874) haben

eine Fülle historischen Materials einer fleißigen Bearbeitung unterzogen. Namentlich in dem letzteren Werke ist Bruns sichtlich bemüht gewesen, auch dem Leben gerecht zu werden, obgleich man seinen Arbeiten doch meist die Stubenluft etwas anmerkt. In einer geistvollen Abhandlung hat Jhering („Über den Grund des Besitzschutzes“ 1868, 2. Aufl. 1869) den Besitz auf seine wahre Bedeutung eines formalen Schutzes des Eigentums zurückgeführt; und ich nehme keinen Anstand, in allem Wesentlichen mit ihm mich einverstanden zu erklären. Auch er erkennt (S. 118) neben den vom röm. Recht gewährten Rechtsmitteln die Berechtigung der Spolienklage in vollem Maße an.

Solange man jedoch diese Klage gleichsam nur als einen Beiläufer der römischen Besitzklagen betrachtet, und nicht der tiefen Veränderung sich bewußt wird, welche für die Besitzlehre in derselben zum Ausdruck gekommen ist, wird diese Lehre schwerlich zu einem befriedigenden Abschluß gelangen. Jene Veränderung ist fast der Veränderung gleich zu achten, welche für das röm. Obligationenrecht durch den Grundsatz von der Klagbarkeit aller Verträge eingetreten ist. Es wäre in hohem Grade wünschenswert, daß einmal eine Besitzlehre aufgestellt würde, welche diese veränderte Grundlage, im Gegensatz zu der röm. possessio, vollständig behandelte.

Einstweilen aber wollen wir uns freuen, daß die Entscheidung des RG. diese Grundlage uns erhalten hat.

IX. Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulierte Geschäfte. Constitutum possessorium. Eigentumserwerb nach heutigem Recht.

Die nachstehend zusammengestellten Rechtsfälle scheinen zwar ganz verschiedene Rechtsfragen zum Gegenstand zu haben. Sie stehen aber in einer gewissen Gemeinschaft dadurch, daß sie sämtlich unter dem Einflusse eines bestimmten gesetzlichen Verbotes stehen, nämlich des Verbotes der Pfandbestellung an Mobilien ohne Besitzübergabe an den Gläubiger. Für Frankfurt a. M., woselbst die Fälle unter 1 und 3 spielen, ist dieses Verbot durch ein (Frankfurter) Ges. v. 10. Jan. 1837 begründet. Für die preußischen Landesteile, Reg.-Bez. Kassel und Hohenzollern, in welchen die Fälle unter 2 und 4 vorgekommen sind, ist jenes Verbot in den Gesetzen v. 9. Mai 1873 § 12 und v. 31. Mai 1860 Art. VII enthalten.

1. Die Parteien hatten am 2. März 1878 unter der Überschrift „Kaufvertrag“ einen notariellen Vertrag geschlossen, durch welchen die verklagten Eheleute erklären, dem Kläger bestimmte verzeichnete Mobilien

verkauft und in Besitz und Eigentum übergeben zu haben, der Kläger aber, daß der vereinbarte Kaufpreis von 1000 *M.* bar bezahlt sei. Kläger räumt dann in dem Vertrage den Beklagten die unentgeltliche Benutzung der Mobilien ein, und Beklagte erkennen an, daß sie dieselben nur leihweise vom Kläger besitzen; „der Besitz ist also durch ein constitutum possessorium übertragen". Dem Beklagten wird endlich ein Rückkaufsrecht zu dem Preise von 1000 *M.* binnen 3 Monaten gestattet; im Falle der Nichtausübung dieses Rechts sollen Beklagte dem Kläger die Mobilien sofort zur Verfügung stellen.

Nach Ablauf der Frist klagt Kläger auf Herausgabe der Mobilien. In den Verhandlungen räumt Kläger ein, daß der Kaufpreis nicht bar bezahlt, sondern auf Aufrechnung einer Schuld getilgt sei. Die Beklagten wenden ein, daß der Wille der Parteien nicht auf ein Kaufgeschäft, sondern auf eine gesetzlich verbotene Verpfändung gerichtet gewesen sei. Sie führen in dieser Beziehung an, daß auch noch nach dem Vertrag Kläger Wechsel der Beklagten behalten und sich neue habe geben lassen, auch noch Zahlungen auf die Schuld der Beklagten, selbst noch nach Ablauf der Rückkaufsfrist, angenommen habe; daß er auch nach Ablauf dieser Frist noch die Wechsel eingeklagt und die Hilfsvollstreckung aus solchen nachgesucht.

Die Vorinstanz nahm ohne weiteres an, daß der Vertrag simuliert sei, und wies die Klage ab. Das RG. (Sen. 1) aber erkannte:

Die Erheblichkeit der Einrede ist nicht zu beanstanden. Aber es ist irrig, daß dieselbe bereits liquid gestellt sei. Kläger hat die Einrede bestimmt in Abrede gestellt. Aus dem Zugeständnis, daß das Geschäft zur Sicherung des Klägers geschlossen sei, folgt nicht, daß es simuliert sei. Es ist nicht nur rechtlich durchaus zulässig, sondern auch in häufiger Übung, daß einem Gläubiger zu seiner *Sicherstellung* wegen einer Forderung in *durchaus ernstlicher* Absicht ein Vermögensstück verkauft und übertragen wird, wobei der wirtschaftliche Zweck der Sicherstellung durch die Nebenabrede erreicht wird, daß das Eigentum unter gewissen Bedingungen dem Schuldner zurückübertragen werde. Nach jetziger Lage der Akten ist dies auch als Absicht der Kontrahenten anzunehmen; da dieselben ja bei dem Verbot der Verpfändung nur in dieser Weise den Zweck der Sicherstellung erreichen konnten. Auch alle die Momente, welche dafür angeführt worden, daß auch nach dem Vertragsabschluß Kläger sich noch als Gläubiger des Beklagten betrachtet habe, lassen die Absicht einer Simulation nicht erkennen; da namentlich die Zahlungen auch als Teilzahlungen auf die Rückkaufssumme gelten können. Es muß daher ein Beweisverfahren eröffnet werden, in welchem das Verhalten der Parteien bei Abschluß des Vertrags und unmittelbar vorher und nachher von besonderer Bedeutung sein würde.

Urt. v. 9. Okt. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 44*).

---

*) In einer diesem Rechtsfall beigefügten Note wird ein weiterer, beim RG. (Sen. 1) entschiedener Rechtsfall aus Mecklenburg erwähnt, worin zur Sicherung einer Forderung das *Eigentum* an Schiffsparten übertragen worden war; ein Geschäft, welches gleichfalls vom RG. als ein vollkommen zu Recht bestehendes anerkannt wurde.

2. Durch Vertrag vom 27. Sept. 1877 hatte der Mühlenbesitzer E. seine Mobilien für die Summe von 9000 *M.* an L. H. verkauft. In dem Vertrage war erwähnt, daß E. einen laufenden Kredit bis zu 9000 *M.* bei einem Vorschußverein sich erwirkt und Kläger sich als Selbstschuldner hierfür verbürgt habe. Um nun dem Bürgen für alle möglichen Fälle Sicherheit zu verschaffen, sollten die Mobilien dem Kläger käuflich überlassen sein. Kläger erkannte in dem Vertrage die Überlieferung der Mobilien als geschehen an, verpflichtete sich jedoch, einstweilen den Verkäufer in deren Benutzung zu belassen. Der Verkäufer sollte die Gegenstände, welche zum Teil nicht aufhebbar waren, ohne Entgelt auf unbestimmte Zeit behalten, die Gefahr des Verlustes tragen und etwaigen Abgang ersetzen. Weiter war in § 4 bestimmt, daß, sobald der Verkäufer die Schuld von 9000 *M.* abgetragen haben werde, der Vertrag aufgehoben sein solle. Durch eine spätere Übereinkunft vom 15. Mai 1879 war jedoch bedungen worden, daß Kläger die dem Vorschußverein schuldigen 9000 *M.* als Selbstschuldner zahlen und die verkauften Sachen als sein Eigentum behalten solle.

Als nun ein anderer Gläubiger des E. Gegenstände des Mobiliars pfänden ließ, nahm L. H. zwischenklagend deren Eigentum in Anspruch. Die 1. Instanz wies die Klage ab; die 2. gab derselben statt. Das RG. (Sen. 3) stellte das erste Urteil wieder her.

Der vom Zwischenkläger vorgelegte Vertrag trägt unverkennbar den Charakter einer verschleierten Verpfändung. Zwar kann unter Umständen ein wirklicher Kaufvertrag abgeschlossen werden, um dem Gläubiger Sicherheit wegen einer Forderung zu verschaffen, und es wird der Charakter des Geschäftes nicht dadurch geändert, daß die Kontrahenten den Beweggrund hervorheben. Allein es muß dann die Absicht auf Übertragung des Eigentums und Zahlung eines Kaufpreises gerichtet sein. Wenn daher die Kontrahenten verabreden, daß die Kaufgeldforderung erst entstehen soll, wenn der Käufer für eine Schuld des Verkäufers in Anspruch genommen wird, und daß der Verkäufer, welcher im Besitz bleibt, die Kaufgegenstände frei benutzen solle, so ist nach l. 80 § 3 D. de contr. emt. (18, 1) ein Geschäft anderer Gattung geschlossen.

Vorliegend ist zweifellos weder ein wahrer Kaufpreis vereinbart worden, noch die Absicht der Kontrahenten dahin gegangen, Eigentum an den Mobilien zu übertragen. Vielmehr hat E. durch den streitigen Vertrag dem Zwischenkläger nur ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern einräumen wollen. In Wirklichkeit liegt also kein Kauf, sondern ein nach § 12 des Ges. v. 29. Mai 1873 verbotener Pfandvertrag vor, und es gilt nach l. 1, § 3 C. plus valere 4, 22 weder das abgeschlossene (vorgespiegelte) noch das wirklich beabsichtigte Geschäft.

Auch die spätere Vereinbarung kann daran nichts ändern, da dieselbe mit der Ungültigkeit des ursprünglichen Vertrags zusammenfällt.

Urt. v. 24. Sept. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 45.

3. H. hatte durch zwei Kaufverträge Mobilien der Sch.'schen Eheleute erworben. In dem ersten Vertrage hieß es: „Dem Käufer wird seitens der Verkäufer Besitz und Eigentum hiermit eingeräumt

und übertragen." In dem zweiten Vertrage war diesen Worten noch hinzugefügt: „Da die Sch.'schen Eheleute die verkauften Gegenstände noch einige Zeit zu benutzen wünschen, so gestattet Herr H. den Gebrauch auf unbestimmte Zeit, behält sich jedoch die Befugnis vor, dieselben ohne besondere Kündigung oder Anzeige an sich zu nehmen."

Als auf Grund dieser Bestimmungen H. eine auf Eigentum an den Gegenständen gegründete Zwischenklage gegen die von einem andern Gläubiger vollzogene Pfändung erhob, wies das RG. (Sen. 1) diese Klage zurück, aus folgenden Gründen:

Da die letztere Vertragsbestimmung selbständig neben der den Besitzübergang unmittelbar betreffenden aufgestellt ist, so ist nicht ersichtlich, daß die Kontrahenten den Besitz dadurch auf den Käufer haben übertragen wollen. Auch läßt sich in dieser Vertragsbestimmung ein constitutum possessorium nicht finden. Allerdings wird in l. 15 § 2 D. qui satisdare cogantur 2, 8 angenommen, daß der Pfandgläubiger Besitz erwirbt, wenn er dem Verpfänder die verpfändete Sache precario beläßt; allein wenn man auch annehmen wollte, was nicht ohne Bedenken ist, daß die Römer den Eigentumsbesitz in gleicher Weise durch Konstituierung eines Prekariums hätten übergehen lassen, so ist doch das Prekarium selbst ein unseren heutigen Lebensverhältnissen so fremdartiges und fernliegendes Institut, daß man auf diesem Wege nicht dazu gelangen kann, Vertragsklauseln der fraglichen Art die Bedeutung eines constitutum possessorium unterzulegen. Endlich hat Zwischenkläger behauptet, er habe sich die Gegenstände an Ort und Stelle vom Verkäufer zeigen und überweisen lassen. Da er aber hinzufügt, er habe die Gegenstände dem Verkäufer vorerst belassen, so ist auch hier eine klare Behauptung einer körperlichen Besitzübergabe nicht aufgestellt; ein constitutum possessorium liegt aber ebensowenig darin, wie in dem Abschlusse des Kaufkontraktes vom 16. Mai 1876.

Urt. v. 30. März 1881 in S. Helfmann w. Moses.

4. Pf. hatte mit Sch. einen Kaufvertrag über seine Mobilien geschlossen, worin es hieß:

„Die Übergabe und Übernahme der Kaufobjekte ist erfolgt, und beläßt Käufer solche in Verwahrung des Verkäufers mit dem, daß bei Absatz von Waaren der Bestand wie bei der Übernahme herzustellen ist, und steht dem Käufer aber auch die Veräußerung oder Abtragung der Kaufobjekte jederzeit frei."

„Die Verkäufer üben den Besitz der Kaufobjekte nur namens des Käufers aus, und gestattet ihnen dieser jedoch das Rückkaufsrecht jederzeit gegen Erstattung des Kaufschillings, Zinsen und allenfallsiger Kosten."

Auf Grund dieses Vertrags erhob Pf., als ein anderer Gläubiger gegen Sch. Pfändung in die verkauften Gegenstände erwirkt hatte, Zwischenklage und nahm sie als sein Eigentum in Anspruch. In den beiden Vorinstanzen ward die Klage zurückgewiesen. Das AG. nahm an, daß die Tradition durch constitutum possessorium habe bewirkt werden sollen. Es vermißte jedoch „die Ernstlichkeit des Vertragsmittels, welche nur hätte konstatiert werden können durch Darlegung

des Rechtsverhältnisses, auf Grund und innerhalb dessen der bisherige Besitzer für den Erwerber detiniere". Das RG. (Sen. 3) verwarf die hiergegen eingelegte Revision.

In der Litteratur herrscht Streit, ob ein constitutum possessorium schon begründet werde durch die Erklärung des Veräußerers, fortan für die Erwerber besitzen zu wollen, und durch die Annahme dieser Erklärung seitens des Erwerbers, oder ob es noch eines weiteren rechtlichen Grundes bedürfe, kraft dessen der Veräußerer die Sache zu behalten berechtigt wird. Im röm. Recht gilt der Rechtssatz, daß Willenserklärung allein nicht zum Eigentumserwerb genüge (l. 20 C. de pactis 2, 3; l. 48 D. de A. V. A. P. 41, 2). In anderen Stellen wird der Übergang des Besitzes und Eigentums ohne Veränderung des Detentionsverhältnisses angenommen (l. 77 D. de R. V. 6, 1; l. 28, 35 § 5 C. de don. 8, 54; l. 15 § 2 D. qui satisd. cog. 2, 8; l. 1 § 1; l. 2 D. pro soc. 17, 2). Die Ansicht, daß in allen Fällen, wo der Stellvertretungswille erklärt oder aus den Handlungen zu folgern ist, die Wirkung der Besitzergreifung für den Erwerber eintrete, ist nicht für richtig zu halten. Sie führt dahin, daß die abstrakte Willenserklärung zum Eigentumserwerb ausreiche. Es muß vielmehr vorliegen, daß, wenn die Sache körperlich übergeben worden wäre, sie zurückgegeben werden müßte. Dies Hin- und Hergeben kann erspart werden (Windscheid Bd. 1 § 155 Nr. 8). Zur Herstellung eines derartigen Zustandes genügt aber nicht das Übereinkommen, daß der bisherige Besitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber innehaben soll, sondern es muß ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint. Die Entscheidungen der Quellen sind nur Beispiele, deren Ausdehnung auf einen andern Rechtsgrund (causa) für das Innehaben, insbesondere auf den hier fraglichen Verwahrungskontrakt, keinem Bedenken unterliegt. Der AR. verlangt aber mit Recht, daß Kläger ein Rechtsverhältnis darlege, auf dessen Grund er die verkaufte Sache detiniere. Ein solches Rechtsverhältnis, insbesondere ein Verwahrungsvertrag, ist mit Recht als nicht dargelegt angenommen.

Urt. v. 8. Nov. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 49.

Die vorstehenden Entscheidungen haben einen ganz verschiedenen Charakter. In der ersten Sache ist man aus richtigen Gründen zu einer bedenklichen Entscheidung gelangt. In der zweiten Sache hat man eine richtige Entscheidung an Gründe geknüpft, die in ihrer Ausdrucksweise zwischen Richtigem und Unrichtigem hin- und herschwanken. In der dritten und vierten hat man, um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, sehr bedenkliche Gründe zu Hilfe genommen.

Die Entscheidungen würden über alle Schwierigkeiten hinweg gekommen sein, wenn man von dem Begriff eines Handelns zur Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis) Gebrauch gemacht hätte. Geschäfte dieser Art sind aber so selten geworden, daß es fast scheint, als sei unserer Juristenwelt die Anschauung davon

mehr oder minder verloren gegangen. Man verwechselt ein gesetzumgehendes Geschäft mit einem simulierten Geschäft, obwohl die Natur beider ganz verschieden ist. Nur unter dem Gesichtspunkt der Simulation ist in dem ersten Erkenntnis die Hauptfrage des Prozesses geprüft worden; auch das Erkenntnis unter 2 kann sich von diesem Gesichtspunkt nicht völlig losreißen. Dabei sind aber die verschiedenen Senate zu ganz verschiedenen Ansichten gelangt. Beide Erkenntnisse widersprechen sich durchaus. Denn daß der 3. Senat, wenn er den Rechtsfall 1 zu beurteilen gehabt hätte, die „Einrede der Simulation" für begründet und bewiesen angenommen haben würde, ist nach der Art und Weise, wie er in dem Rechtsfall 2 und einer Reihe früher entschiedener Fälle*) darüber geurteilt hat, nicht zu bezweifeln. Suchen wir uns zunächst die einschlagenden Rechtsgrundsätze klar zu machen, um darnach jenen Entscheidungen selbst näher zu treten.

Es ist in unserer Wissenschaft anerkannt, daß Rechtsgeschäfte ungültig sind, welche zur Umgehung des Gesetzes geschlossen werden.

Savigny System Bd. 1 S. 324; Windscheid Pandekten § 22 Note 2.

Was „in fraudem legis gehandelt" sei, bestimmt l. 29. 30 D. de leg. 1, 3 in folgender Weise: Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit. (Ähnlich l. 5 C. de leg. 1,14). Es wird jedoch darauf ankommen, näher zu untersuchen, wie eigentlich die in fraudem legis geschlossenen Rechtsgeschäfte sich darstellen.

Verbote, welche durch das Gesetz gegen gewisse Rechtsgeschäfte erlassen werden, verfolgen praktisch in der Regel nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen**) Zweck, indem das Gesetz gewisse wirtschaftliche Resultate ausgeschlossen sehen will. Das Verbot wird sich hiernach gegen diejenige Rechtsform richten, mittels welcher diese wirtschaftlichen Resultate regelmäßig erzielt werden. Nun lassen sich aber häufig Rechtsformen erdenken, welche das Gesetz in seinem Verbote nicht erwähnt, die aber im wesentlichen ganz zu denselben wirtschaftlichen Resultaten führen, welche das Gesetz durch sein Verbot hat treffen wollen. Hier, sagen nun unsere Gesetze, soll der Richter nicht bei dem Buchstaben des Verbotes stehen bleiben, sondern er soll das Gesetz

*) Dieselben sind bei dem gedachten Rechtsfall in einer Note aufgeführt; auch teilweise abgedruckt bei Seuffert Arch. Bd. 36, Nr. 8, 99.

**) Das Wort „wirtschaftlich" paßt vielleicht nicht gleichmäßig für alle Verhältnisse. Es soll aber den materiellen Inhalt des Geschäfts bezeichnen, im Gegensatz zu seiner äußern juristischen Form.

seinem geistigen Inhalt nach anwenden, d. h. er soll auch diesen Rechtsgeschäften, welche in anderer Rechtsform die nämlichen Resultate erzielen, ebenso, als ob sie unmittelbar durch das Gesetz verboten wären, entgegentreten. Die in den Quellen angeführten Fälle stellen die Sache noch klarer.

Durch das S. C. Vellejanum waren Intercessionen der Frauen verboten. Intercession ist die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit. Man hielt es bei dem lenksamen Sinn der Frauen für gefährlich, wenn sie mit fremden Verbindlichkeiten sich belasteten. Schlaue Gläubiger machten es nun aber in folgender Weise: sie ließen denjenigen, welchem sie das Geld darleihen wollten, dessen Kreditwürdigkeit sie aber nicht trauten, gar nicht in die Verbindlichkeit eintreten, sondern gaben das Geld als Darlehn von vorn herein der Frau, die es dann jenem geben mochte. Dann hatte diese nicht „intercedirt". Was sagte nun aber der römische Jurist? Das ist ebenso gut wie eine Intercession! Und zur Rechtfertigung fügt Paulus hinzu: ea, quae in fraudem S. C., quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportet (l. 29 D. ad S. C. Vell. 16, 1).

Das S. C. Macedonianum verbot, einem Haussohn ein Darlehn zu geben. Man sah eine Gefahr für die Sittlichkeit der Haussöhne darin, wenn ihnen bares Geld in die Hand gegeben wurde. Andere Geschäfte dagegen, z. B. Kauf, durften Haussöhne eingehen. Wie nun aber, wenn ein schlauer Gläubiger, der von einem Haussohn um ein Darlehn angegangen wurde, sagte: „Ein Darlehn darf ich dir nicht geben. Aber ich habe hier eine Sache, die ich dir verkaufen kann. Du kannst sie ja gleich wieder verkaufen, dann hast du Geld." Das war offenbar kein „Darlehn". Was sagte aber der Jurist? In diesem Falle ist auch der Kauf ungültig; denn er ist nur eine andere Rechtsform für das bezweckte Darlehn, also in fraudem legis abgeschlossen (l. 3 § 3; l. 7 pr. D. de S. C. Mac. 14, 6).

Es stand nichts im Wege, daß jemand eine Sache für einen Preis unter dem Werte verkaufte; es blieb dennoch ein gültiger Kauf. Hatte aber ein solches Geschäft unter Ehegatten stattgefunden, so war dasselbe ungültig. Denn es enthielt eine Umgehung des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten (l. 38 D. de contr. emt. 18, 1).

Die Zinsverbote sind bekannt. Ebenso bekannt aber auch, daß dieselben nicht allein da angewendet wurden, wo ausdrücklich „Zinsen" ausbedungen waren, sondern auch da, wo unter irgend einer andern Rechtsform (z. B. als Konventionalstrafe) eine Vergütung für die Dauer eines geleisteten Kredites stipuliert wurde (l. 44 D. de usur. 22, 1; l. 13 § 26 de A. E. V. 19, 1; l. 15, 16; l. 26 § 1 C. de usur. 4, 32).

Ein weiteres Beispiel gibt l. 64 de condit. et dem. 35, 1. Das Gesetz verbot, bei letztwilligen Zuwendungen die Bedingung zu setzen „nicht zu heiraten“, weil man dies mit der Begünstigung der Ehe für unvereinbar hielt. Dadurch war an sich nicht ausgeschlossen zu verbieten, „an einem bestimmten Orte zu heiraten“. Wenn aber dieses Verbot thatsächlich darauf hinauslief, daß der so Bedachte gar nicht heiraten konnte, dann erklärte der Jurist dasselbe nicht minder für ungültig: quia fraus legi facta est.

Savigny (System Bd. 4 S. 142) wendet diese Regeln auf folgenden Fall an. Er hält eine allgemeine Schenkung, welche auch das zukünftige Vermögen des Erblassers umfassen soll, für unwirksam, da sie gegen das (römische) Verbot der Erbverträge verstoße. Sie würde für diese nur „eine andere Rechtsform“ sein, „welches ja gerade der Charakter jeder Umgehung einer positiven Rechtsregel ist“.

Noch ein Beispiel aus der heutigen Praxis. In Braunschweig war der selbständige Verkauf von Pertinenzstücken eines Bauernhofs gesetzlich verboten. Da schloß ein Hofbesitzer mit einem andern über einen Teil seines Gutes „einen Pachtkontrakt“ auf 60 Jahre ab. Das Obergericht zu Wolfenbüttel nahm an, daß dieses „in einen Pachtvertrag eingekleidete Rechtsgeschäft“ eine Umgehung jenes Gesetzes sei und erkannte denselben für ungültig (Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 12).

Man sieht aus diesen Beispielen, daß überall das in fraudem legis abgeschlossene Rechtsgeschäft juristisch mit dem verbotenen keineswegs identisch ist, sondern durchaus davon verschieden; aber in seinen praktischen (wirtschaftlichen) Zielen ist es, mindestens im wesentlichen, mit dem verbotenen identisch. Und da es dem Gesetzgeber nicht auf die juristische Form, sondern auf den praktischen Zweck ankommt, so rechnet er auf die Weisheit des Richters, daß er dies erkennen und darnach auch auf Geschäfte dieser Art das Verbot des Gesetzes beziehen werde.

Wollte man von dem Gesetzgeber verlangen, er müßte an alle möglichen Formen denken, unter welchen ein von ihm mißbilligtes Verhältnis erzielt werden könne, so würde man damit an ihn eine Anforderung stellen, die er nach der Natur der Dinge gar nicht erfüllen kann. Er muß darauf rechnen, daß die Richter die erlassenenen Gesetze nicht bloß dem äußeren Buchstaben, sondern dem Sinne und Geiste nach anwenden*).

Ein in fraudem legis geschlossenes Geschäft ist hiernach keineswegs etwa ein Scheingeschäft. Das Geschäft ist voll-

*) l. 10—12 D. de leg. 1, 3.

kommen ernst gemeint, man will es wirklich. Man will es auch ganz so, wie man es geschlossen hat, d. h. mit allen an die gewählte Rechtsform sich knüpfenden Folgen. Oft sind diese Folgen für einen oder für beide Teile recht unbequem, weit unbequemer, als die Folgen, welche die direkt verbotene Rechtsform in sich schließen würde. Aber man nimmt dieselben hin, weil man auf keine andere Weise, als mittels dieses Umwegs, die wirtschaftlichen Ziele erreichen zu können glaubt.

Wer also einem Haussohne eine Sache verkauft, damit dieser sie sofort wieder verkaufe und sich so Geld verschaffe, will nicht etwa die Sache wieder haben, sondern er will wirklich verkaufen und den Kaufpreis einfordern. Wer der Frau ein Darlehn gibt statt des Mannes, will wirklich nur die Frau sich zur Schuldnerin machen; auf eine Verpflichtung des Mannes verzichtet er. Nur der wirtschaftliche Zweck, um dessen willen man das Geschäft geschlossen hat, macht dasselbe zu einem gesetzwidrigen. Der Gläubiger, welcher weiß, daß die Frau das dargeliehene Geld sofort ihrem Manne gibt, will im wirtschaftlichen Sinne in der That diesem letztern das Darlehn zuwenden. Der Gläubiger, welcher dem Haussohn eine Sache verkauft, damit er sie sofort zu Gelde mache, verkauft die Sache nicht zu dem regelmäßigen wirtschaftlichen Zweck, daß der Käufer die Sache genieße und benutze, sondern nur in der Bedeutung eines Ersatzes für bares Geld. Ganz verschieden von einem in fraudem legis abgeschlossenen Geschäft ist aber ein simuliertes Geschäft. Ein solches ist eben gar kein Geschäft, weil ihm der entsprechende Wille der Kontrahenten fehlt*). Es ist nur der leere Schein eines Geschäftes, den zu irgend einem Zwecke hervorzurufen die Kontrahenten für gut finden. Dieser Zweck kann allerdings auch darin bestehen, daß hinter dem simulierten Geschäfte ein anderes unerlaubtes Geschäft sich versteckt. So z. B. können Ehegatten einen Kaufvertrag über ein Grundstück abschließen, lediglich zum Schein und in der Absicht, das Grundstück schenkweise einander zu übergeben. Dann liegt aber das Unerlaubte nicht in dem simulierten Geschäft, sondern in dem andern Geschäft, welches an dessen Stelle tritt.

Betrachten wir nun die Gesetze, welche verbieten, an beweglichen Sachen eine Hypothek zu bestellen, so wird deren Bedeutung, jedenfalls die der preußischen, völlig klar, wenn wir auf das altpreußische Recht zurückgehen. Förster (preuß. Privatrecht Bd. 3 § 190) schreibt: „Die Pfandrechtstheorie des preuß. Rechts hat

---

*) Inwieweit Dritten gegenüber die Kontrahenten gleichwohl das Geschäft gegen sich gelten lassen müssen, hängt von der Natur des Geschäftes ab; ist aber eine ganz andere Frage.

die Prinzipien der Spezialität und Publizität aufgestellt. Das zweite dieser Prinzipien fordert, daß das Pfandrecht für jedermann erkennbar sein muß. Diese Erkennbarkeit wird erzeugt entweder durch Besitzübergang oder durch Intabulation im Grundbuche". Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch das Frankfurter Gesetz denselben Zweck verfolgt.

Die Gesetze, welche die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien nur in der Form der Hingabe zum Faustpfand gestatten, sind daher Prohibitivgesetze, gerichtet gegen das wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis, daß ein Gläubiger ein Vorzugsrecht erwirbt an Sachen des Schuldners, welche dieser in seinem Besitz behält, und deren Besitz ihm scheinbar eine Kreditwürdigkeit verleiht, die ihm in der That nicht zukommt. Gerichtet aber wurde das Verbot gegen die Verpfändung, als diejenige Rechtsform, unter welcher jenes wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis bisher regelmäßig auftrat. Kaum sind nun jene Gesetze erlassen, so erdenkt man eine andere Rechtsform, mittels deren man jenes wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis doch wieder ins Leben ruft, die aber unter den Wortlaut des Gesetzes nicht fällt. Man „verpfändet" nicht, sondern man „verkauft und tradirt", letzteres aber nur ideell, mittels const. possess., vorbehaltlich des Rückkaufs für den nämlichen Kaufpreis einschließlich der Zinsen. Daß das dem Willen des Gesetzes widerspricht, ist unzweifelhaft. Denn wenn die Verpfändung ohne Besitzübertragung schlimm ist, so ist das neue Rechtsgeschäft, welches die Eigentumsübertragung an die Stelle setzt, noch weit schlimmer. Und ein Gesetzgeber, welcher etwa den Gedanken gehabt hätte, er wolle zwar die Verpfändung verbieten, wolle aber doch, um die Gläubiger und Schuldner nicht allzu sehr zu drücken, ihnen die Sicherung der Forderung mittels Eigentumsübertragung ohne Besitzübertragung frei lassen, würde völlig sinnlos gehandelt haben.

Die Sache liegt also genau so, wie in allen jenen Fällen, welche die Gesetze uns als Beispiele eines Geschäftsverkehrs in fraudem legis vorführen: es wird eine andere Rechtsform in Gang gesetzt, um das nämliche wirtschaftliche Verhältnis zu erzielen, welches das Gesetz unter der Bezeichnung der Hypothekbestellung hat verbieten wollen.

Dagegen liegt nicht der geringste Anhalt dafür vor, daß jene Geschäfte simulierte Geschäfte seien. Es ist gar nicht zu bezweifeln, daß sie, so wie sie juristisch sich darstellten, auch ganz ernstlich gemeint waren. Es sollte kein Pfandrecht, sondern Eigentum an dem Mobiliar übertragen werden. Die Kontrahenten ließen sich die an diese Rechtsform sich knüpfenden (allerdings unbequemeren) Folgen gefallen, weil es ihnen vor allem um das

wirtschaftliche Resultat zu thun war: dingliche Sicherung des Gläubigers unter Belassung des Schuldners im Besitze der Sachen.

Daß dies ihr Zweck war, sprachen die Beteiligten mehrfach mit unverblümter Naivität aus. In einer der beim RG. anhängigen Sache hatte der Kläger geradezu erklärt, daß es ihm gar nicht um den Erwerb der Sachen als solcher, sondern nur um Erwerb derselben als Wertobjekte, mittels deren er sich für seine Forderung bezahlt mache, zu thun gewesen. Dabei scheint er freilich keine Ahnung davon zu haben, daß eine solche Umgehung des Gesetzes etwas Rechtswidriges sei. Auf demselben Standpunkt stand aber auch der Gegner; denn er hielt es für taktisch richtig, jenes ganze Vorbringen des Gegners zu „leugnen". Und gewissermaßen der dritte im Bunde war der Richter der Vorinstanz, welcher aussprach, die Beteiligten seien ja zu solchen Verträgen genötigt, weil das Gesetz dem Schuldner die Bestellung einer Hypothek verboten habe. Man kann ja über die legislatorische Zweckmäßigkeit eines solchen Verbots vielleicht streiten. Aber gebührt es wohl dem Richter, daß er, weil ihm ein Gesetz nicht zusagt, Handlungen, die offenbar dasselbe nur umgehen, gerade deshalb unter seinen Schutz nimmt? Zu welchem Unfuge aber diese Art juristischer Betrachtung führt, davon gab der Umstand Zeugnis, daß, wie die Parteien selbst anführten, fast täglich Prozesse der fraglichen Art vor den hessischen Gerichten spielten.

Prüfen wir nun, wie die Entscheidungen des RG. hierzu sich verhalten. Während man in der Entscheidung 1 die Frage, ob hier eine Umgehung des Gesetzes vorliege, ganz beiseite schob, stellte man sich nur die Frage, ob das Geschäft ein simuliertes, d. h. in Wahrheit nicht gewolltes, sei. Darauf antwortete der 1. Senat: es liegt nicht der geringste Grund vor, das Geschäft nicht für ein durchaus ernsthaft gewolltes zu halten; auch ist kein Bedenken, Besitz- und Eigentumsübergang durch constitutum possessorium als bewirkt anzusehen. Gewiß alles sehr richtig! Gerade weil die Kontrahenten sich bewußt waren, daß eine Verpfändung verboten war, wollten sie ihren Zweck in der Form der Eigentumsübertragung — diese mit allen ihren juristischen Folgen völlig ernsthaft genommen — erreichen. Hätte es sich also nur um diese Frage gehandelt, so wäre an der Entscheidung 1 nur etwa das auszusetzen, daß sie noch ein Beweisverfahren einleitete. Wozu noch ein solches? Die Ernstlichkeit des Geschäftes war so wenig zu bezweifeln, daß „das Verhalten der Streitteile bei Abschluß des Vertrags oder vorher und nachher" keine Bedeutung haben konnte. Für ein Beweisverfahren fehlte es daher an jedem Stoffe.

Ganz anders die Entscheidung des 3. Senats in dem Rechtsfall 2. Es ist nicht zu verkennen, daß hier der richtige Gesichtspunkt, daß ein Geschäft in fraudem legis vorliege, in die Beurteilung mit herein spielt. Gleich zu Eingang bezeichnet das Urteil das hier fragliche Geschäft als eine „verschleierte Verpfändung", womit es den Nagel auf den Kopf trifft. Aber es vermag doch über diesen Begriff nicht zur vollen Klarheit zu gelangen. Im Laufe der Beurteilung verfällt es wieder auf den Gesichtspunkt der Simulation, hält dann aber — ohne Zweifel nur deshalb, weil ihm dabei der Gesichtspunkt eines in fraudem legis geschlossenen Geschäfts vorschwebt — diese Einrede für begründet und bewiesen. Es wird nicht die Rechtswirksamkeit, sondern die Existenz eines Kaufvertrags verneint, und zwar deswegen, weil die Kontrahenten „nicht beabsichtigt haben, Eigentum zu übertragen". Es wird gesagt, daß hier gar kein Rechtsgeschäft vorliege, weil weder das abgeschlossene, noch das vorgespiegelte gelten könne. Daß aber ein „wirklicher Kaufvertrag" nicht vorliege, wird nur abgeleitet aus allerhand Nebenumständen, dabei aber ausgesprochen, daß ein wirklicher Kaufvertrag, zu dem Zwecke abgeschlossen, um dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen, rechtswirksam sein würde. Gewiß würde er rechtswirksam sein, wenn er mit Besitzübertragung an den Käufer verbunden wäre. Ob aber auch rechtswirksam ohne Besitzübertragung? — das ist die Frage, die man zu beantworten gehabt hätte. Bei jener Beurteilung wird nun offenbar die rechtliche Natur mit der wirtschaftlichen Natur des Geschäfts verwechselt. Im wirtschaftlichen Sinne könnte man allerdings das Geschäft zwar nicht einen simulierten, wohl aber einen dissimulierten Pfandvertrag nennen. Eine „Einrede der Dissimulation" gibt es aber nicht. Juristisch dagegen ist bei dem ganzen Geschäft nichts simuliert. Es ist genau in derjenigen Bedeutung gewollt, in welcher es abgeschlossen war*). Man möchte wohl die Frage erheben, ob, wenn das Verbot der Verpfändung nicht bestünde, gleichwohl aber der Vertrag, so wie er vorliegt, abgeschlossen wäre, irgend jemand daran gedacht haben würde, denselben für „simuliert" zu halten**)?

Offenbar ließ sich der 3. Senat in dem Endergebnis seiner Entscheidung durch ein richtiges praktisches Gefühl leiten, welches durch die unrichtige juristische Betrachtung hindurch sich Bahn brach. Der 1. Senat dagegen kam über die völlig richtige Be-

*) In einem der vom 3. Senat des RG. in der gedachten Weise entschiedenen Fälle hatte die Partei sogar vorher auf einen ihr in der Vorinstanz auferlegten Eid beschworen, daß der Kaufvertrag im Ernst abgeschlossen sei. Hätte man derselben wohl deshalb wegen Meineids den Prozeß machen können?

**) Vgl. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 23 Nr. 64.

urteilung der Simulationseinrede nicht hinaus, und das praktische Gefühl drang nicht weiter durch, als daß man durch eine unmotivierte Beweisauflage die letzten Konsequenzen der rechtlichen Auffassung von sich abschob.

Die Frage, auf welchem Wege man zu einer Ungültigkeitserklärung von Geschäften der fraglichen Art gelange, ist aber keineswegs gleichgültig. Solange man solche Geschäfte nur vom Standpunkt der Simulation für ungültig erklärt und für diese allerhand Nebenumstände in Betracht zieht, bleibt stets die Gefahr, daß, wo einmal solche Nebenumstände fehlen, das zur Umgehung des Gesetzes dienende Geschäft dennoch gültig erklärt werde*). Ausreichender Schutz wird nur gewährt, wenn man den Begriff der Gesetzesumgehung — wozu man auch von Amts wegen berechtigt ist — hereinzieht, und jedes Geschäft als eine solche erkennt, durch welches einem Gläubiger an den Mobilien des Schuldners, unter Belassung des Besitzes bei letzterem, ein seine Forderung sicherndes dingliches Recht — Pfandrecht oder Eigentum — übertragen wird.

In der 3. und 4. Sache beschäftigen sich die beiden Urteile gar nicht mit der Frage, wie sich das Rechtsgeschäft zu dem Verbot der Verpfändung von Mobilien ohne Besitzübertragung verhalte. Man scheint seit dem Erkenntnis unter 1 eine wesentlich andere Anschauung über das constitutum possessorium gewonnen zu haben, und diese reichte aus, um die Klagen abzuweisen, ohne daß man auf jene Frage einzugehen brauchte.

Das const. poss. ist eine unabweisliche Weiterentwickelung des Grundsatzes, daß der Eigentümer seinen Eigentumsbesitz (possessio) auch durch einen Anderen erwerben und ausüben könne. Sobald man diesen Satz anerkannte, mußte er notwendig dazu führen, daß auch derjenige, welcher bisher die Sache als Eigentümer besaß, für einen Anderen als dessen Vertreter Besitz und Eigentum erwerben konnte**). Für diese Rechtsveränderung mußte aber der Natur der Sache nach der einfache Austausch der Willenserklärungen genügen. Damit war der Satz, daß possessio und Eigentum nur durch reale Übertragung der Herrschaft über die Sache übertragen werden könne, gebrochen, und es war — wenn anders nur die Beteiligten dies bestimmt aussprachen — die Möglichkeit einfacher Willenseinigung an die Stelle gesetzt. Das ist die Bedeutung des const. possessorium.

---

*) Dem Vernehmen nach ist man in Hessen bereits auf Rechtsformen bedacht, welche geeignet sind, die Erkenntnisgründe des RG. zu paralysieren.

**) Übrigens brach dieser Gedanke erst mühsam sich Bahn, wie eine Vergleichung von § 5 J per quas personas nobis acquiritur 2, 9 mit der entsprechenden Stelle bei Gajus 2 § 95 ergibt.

Es ist dies am klarsten ausgesprochen in der l. 18 pr. D. de poss. 41, 2, der einzigen Stelle, welche sich prinzipiell mit der Lehre beschäftigt, die aber das Urteil 4 unter den von ihm citierten Stellen nicht mit anführt. Wenn dagegen in l. 20 C. de pact. 2, 3 noch Diokletian schreibt: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, so ist mit einem solchen Reskript, welches einen abstrakten Satz ausspricht, ohne daß man erfährt, was er praktisch habe bedeuten sollen, sehr wenig anzufangen. Dieser allgemeine Ausspruch wird durch eine Reihe anderer Stellen, welche für spezielle Fälle klar das Gegenteil ergeben, wertlos. Es sind das die in dem Urteil 4 citierten Stellen. Wenn dort für die gegenteilige Ansicht vorzugsweise auf l. 48 de poss. Gewicht gelegt wird, so ist doch deren Erheblichkeit für die Lehre sehr zweifelhaft. Es fragt sich nämlich, ob in der einseitig (literis) abgegebenen Erklärung des Schenkers: se tradidisse possessionem, wirklich ein const. poss., und nicht vielmehr bloß die Ermächtigung an den Schenknehmer, Besitz zu ergreifen, enthalten sei*). Selbst aber wenn man annehmen wollte, es sei hier die Absicht des Schenkgebers erklärt, sofort für den Schenker Besitz ausüben zu wollen, so würde sich leicht denken lassen, daß Papinian — ein älterer Jurist — in der sich entwickelnden Lehre einen etwas zurückhaltenden Standpunkt eingenommen habe.

Es liegt in dieser Beziehung eine merkwürdige Parallele vor in einer mit dem const. poss. nahe zusammenhängenden**) Lehre. In l. 12 D. de R. C. lehrt Ulpian, daß ein „Darlehn" auch entstehen könne dadurch, daß vereinbart werde, es solle eine bestehende Schuld als Darlehn stehen bleiben. Der ältere Jurist Africanus (den der selige Thibaut einen „Mückenfänger" zu nennen pflegte) weist diesen Gedanken mit Entrüstung von sich, indem er ausruft: alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse (l. 34 D. mand. 17, 1). Und damit es auch für die l. 20 C. de pact. an einer Parallele nicht fehle, vertritt der nämliche Diokletian noch in l. 6 C. si certum petatur 4, 2 den Standpunkt des Africanus. Gleichwohl bezweifelt heute niemand, daß der Ausspruch Ulpians praktisches Recht sei. In der damit zusammenhängenden Lehre vom const. poss. vertritt aber jetzt wieder das RG. den Standpunkt des Africanus, indem es, gleich diesem, sagt: „Das würde dahin führen, daß die abstrakte Willenserklärung zum Besitzübergang und also zum Eigentumserwerb ausreicht." Wäre denn

*) So erklärt sie Savigny Besitz § 27. Vgl. auch Hauser Stellvertretung im Besitze § 7 Note 3.

**) Vgl. Savigny System Bd. 4 S. 595.

das wirklich so entsetzlich? Sehen doch die Juristen Preußens an dem wichtigsten Verkehrsgegenstande alltäglich den Eigentumserwerb durch abstrakte Willenserklärung — Auflassung — vor sich gehen!

Allerdings bleibt es stets das Natürlichere, daß ein Eigentumserwerb im Sinne der Kontrahenten erst mit dem Augenblick sich vollzieht, wo dem Erwerber auch thatsächlich die Ausübung des Eigentums, d. h. der reale Besitz, eingeräumt wird. In diesem Sinne bildet der Satz der l. 20 C. de pact. zwar nicht eine Prohibitivvorschrift, wohl aber eine Regel für die Auslegung des Willens. Ein entgegengesetztes Verhältnis, wonach zwar Eigentum erworben werden, die Sache aber einstweilen noch im Realbesitz des Voreigentümers verbleiben soll, wird stets einen besonderen Grund haben. Dieser Grund kann liegen im Interesse des neuen Eigentümers (damit der andere die Sache für ihn aufbewahre), oder auch des bisherigen Eigentümers (damit dieser sie noch eine Zeit lang benutze), oder auch beider (wenn z. B. der neue Eigentümer dem bisherigen die Sache mietweise überläßt). Aber irgend einen Zweck müssen beide mit Naturnotwendigkeit im Sinne haben. Selbst wenn beide Teile zufolge einer Irrung verschiedene Zwecke im Sinne hätten, würde dadurch doch der von beiden ausgesprochene Willen, daß der bisherige Eigentümer fortan für den neuen Erwerber besitzen, d. h. Eigentum ausüben solle und wolle, den Eigentumsübergang bewirken. Eben deshalb ist aber auch völlig gleichgültig, worin der Grund der Besitzbelassung besteht. Niemand sonst braucht ihn zu kennen. Und wenn das Gericht von seiner Kenntnis die Rechtswirksamkeit des Eigentumsübergangs abhängig machen will, so läuft das nur auf eine ganz unberechtigte Neugier hinaus.

Die beiden RG.-Urteile, welche in den behandelten Fällen ein const. poss. verneinen, gehen nicht ganz gleichen Weg. Das Urteil 3 negiert das Vorhandensein eines const. poss. Thatsachen gegenüber, die so klar zu liegen scheinen, daß man in der That fragen möchte: unter welchen Verhältnissen würde denn, wenn die vorliegenden nicht genügen, überhaupt von einem const. poss. die Rede sein können? Dabei kann man sich kaum eines seltsamen Eindrucks erwehren, wenn das Urteil, um der Annahme eines const. poss. auch den Boden eines Prekariums zu entziehen, darauf Bezug nimmt, daß ein solches unseren Lebensverhältnissen zu fern stehe. Eine solche Bezugnahme auf die Lebensverhältnisse für eine nur auf theoretischem Felde sich bewegende Entscheidung ist jedenfalls ungewöhnlich. Ich möchte glauben, daß man den Lebensverhältnissen noch näher getreten wäre, wenn man sich auf die Frage, ob die Belassung des Besitzes bei dem Verkäufer auf einem „Prekarium“ oder auf welchem andern Rechtsgeschäft beruhe, gar nicht eingelassen hätte.

Das Urteil 4 hat eine mehr wissenschaftliche Färbung. Es spricht aus: für das const. poss. genüge nicht, daß der bisherige Besitzer fortan für den neuen Erwerber innehaben solle; es müsse auch ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, welches das Innehaben als Ausdruck einer „rechtlichen Befugnis“ erscheinen lasse. Aber ergibt sich denn nicht die „rechtliche Befugnis“ des bisherigen Eigentümers einfach aus der Thatsache, daß der neue Erwerber in die Beibehaltung des Besitzes durch ersteren einwilligt? Was will man denn noch mehr? Soll etwa der Erwerber durch Anführung des Grundes sich noch besonders rechtfertigen, daß er diese Einwilligung erteilt? Das „Rechtsverhältnis“ hat seine Grundlage in dem Wollen beider Teile, aber nicht in dem Warum des Wollens. Wo steht geschrieben, daß ich Eigentum durch einen Stellvertreter nur erwerben könne, wenn ich den Grund angebe, weshalb ich mir den Stellvertreter bestellt? Und weshalb soll dies etwa ausnahmsweise dann nötig werden, wenn ich den bisherigen Eigentümer zu meinem Stellvertreter mache? — Man möchte deshalb glauben, daß bei dem oben ausgedrückten Gedanken doch nicht völlige Klarheit obgewaltet habe. Aber auch der weitere Satz: „Es muß vorliegen, daß, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben werden müßte“, ist schwer verständlich. Zu dessen Widerlegung bietet das Urteil selbst die Hand, indem es gleich darauf einen „Verwahrungsvertrag“ zur Begründung eines const. poss. für ausreichend erklärt. Wäre die Sache dem Erwerber körperlich übergeben, so würde ein Verwahrungsvertrag nicht ausreichen, um ihn zu nötigen, sie zurückzugeben. Das Urteil müßte also sagen: „ein Verwahrungsvertrag genügt nicht, um ein const. poss. zu begründen“. Mit dem für genügend erklärten Verwahrungsvertrag findet sich dann aber das Urteil dadurch ab, daß es denselben für nicht genügend dargelegt erklärt. Auch hierin liegt wenig Befriedigendes. Nach den Mitteilungen des Urteils selbst dürfte es kaum zweifelhaft sein, weshalb Kläger den Sch. im Besitz der Mobilien beließ. Sch. sollte mittels derselben seinen Geschäftsbetrieb, wie bisher, fortsetzen. Mit was für einen juristischen Namen man ein solches Rechtsverhältnis zu belegen habe, darüber ließe sich ja, wenn es darauf ankäme, vielleicht streiten. Aber der Streit erübrigt sich, weil die Frage völlig gleichgültig ist.

Die in dem letzten Urteil entwickelten theoretischen Ansichten vom const. poss. sind allerdings in neuerer Zeit auch von einigen Theoretikern aufgestellt worden; wohl in der an sich löblichen Absicht, den betrüglichen Geschäften zu begegnen, welche öfters mittels eines solchen const. poss. vollzogen werden. Und vielleicht ist diese Absicht auch auf die Entscheidungen des RG. nicht

5*

ohne Einfluß geblieben. Das Betrügliche solcher Geschäfte liegt aber durchweg auf demjenigen Gebiet, auf welchem das partikularrechtliche Verbot der Hypothekbestellung an Mobilien Abhilfe schaffen will. Hätte man nur den Mut, den Gedanken dieser Gesetze aus zu denken, und auch diejenigen Geschäfte für unwirksam zu erklären, die in offenbarer Umgehung derselben mittels const. poss. vollzogen werden, so bedürfte es für die Beurteilung des letzteren nicht solcher künstlich ersonnenen Theorien, welche — auch abgesehen von der darin liegenden Mißleitung des juristischen Denkens — jedenfalls den Fehler haben, daß sie das Kind mit dem Bade ausschütten; während sie andererseits doch nicht ausreichen, daß nicht die gewitzigten Parteien bei künftigen betrüglichen Geschäften ihnen ein Paroli böten.

Es sei gestattet, in Anknüpfung an diese Erörterung kurz noch darzustellen, wie sich meines Dafürhaltens die Lehre vom Eigentumserwerb nach heutigem Recht praktisch gestaltet.

Das Eigentum wird übertragen durch geeinigte Willenserklärung.

Für Grundeigentum ist — partikularrechtlich — diese Willenserklärung meistens an eine bestimmte Form (Erklärung vor Gericht) geknüpft; („Auflassung“ des preuß. Rechts, neben welcher die gleichzeitige „Eintragung“ ein zum Schutz des materiellen Eigentums bestimmtes formelles Eigentum gewährt).

Im übrigen gilt als Regel, daß bei Veräußerungsgeschäften die auf Eigentumsübertragung gerichtete Willenseinigung im Zweifel erst mit dem Augenblicke als vollzogen angenommen wird, wo der reale Besitz der Sache übergeben wird (Tradition).

Ausnahmsweise wird durch die bloße Willenseinigung der Eigentumsübergang vollzogen:

1. wenn der Erwerber schon bisher im realen Besitze oder Mitbesitze der Sache war (brevi manu traditio);

2. wenn verabredet wird, daß das Eigentum übergehen*), gleichwohl aber der Veräußerer — aus irgend welchem bekannten oder unbekannten Grunde — einstweilen noch im realen Besitze der Sache verbleiben solle (constitutum possessorium);

3. wenn die Sache im Besitze eines — bekannten oder unbekannten — Dritten ist, welcher dieselbe an den Erwerber herausgeben und nötigenfalls durch Klage dazu genötigt werden soll.

---

*) Wenn auch im röm. Recht der Eigentumsübergang durch den Gedanken des Übergangs der possessio vermittelt wurde, so ist es doch im heutigen Rechte nicht nötig, daß dieser vermittelnde Gedanke zum Ausdruck gelange. Der vereinbarte „Eigentumsübergang“ zieht den Übergang der possessio von selbst nach sich, während der „Besitz“ im Sinne unserer Volkssprache bei dem Veräußerer bleibt.

Hier wird die Eigentumsübertragung bewirkt durch die Anzeige bei dem Dritten und dessen Anerkennung des Erwerbers als nunmehrigen Eigentümers; eventuell aber durch die in jener Willenseinigung liegenden Cession der rei vindicatio*);

4. wenn die Sache deshalb, weil sie für jedermann offen liegt, einer Tradition überhaupt nicht fähig ist (longa manu traditio).

Wer so die Lehre von der Eigentumsübertragung vortragen wollte, würde damit praktisches Recht vortragen.

Zu der vorstehenden letzten Nummer kann ich mir nicht versagen als ein Beispiel, wie man nicht erkennen soll, noch ein Erkenntnis des vormaligen AG. zu Celle vom 8. Mai 1878 (Seuffert Arch. Bd. 34 S. 13) anzuführen.

Der Magistrat zu Hannover hatte mit einer Baugesellschaft daselbst einen Tauschvertrag abgeschlossen, worin gesagt war:

> Der Magistrat tritt der Baugesellschaft die auf der anliegenden Karte blau angelegten Flächen der früheren Straßen zu Hannover zum Eigentum ab.

Auf Grund dieser Bestimmung vindicierte später die Baugesellschaft ein Stück dieser Flächen — die zweite Bultstraße —, welches inzwischen von einer Eisenbahngesellschaft in Besitz genommen war. Im Gegensatz zu der Entscheidung der Vorinstanz wies das AG. zu Celle „wegen nicht dargelegter Tradition" die Klage ab. Es wurde zwar auch die Frage geprüft, ob nicht nach l. 18 § 2 de D. poss. 41, 2 — wonach die Übergabe eines Grundstückes von einem benachbarten Turme aus geschehen könne — Besitz und Eigentum als übergegangen anzusehen sei. Es wurde aber befunden, daß das Amtslokal, wo der Vertrag verlautbart worden, in zu erheblicher Entfernung von der Bultstraße liege. Auch wenn man in dem Vertrage eine Ermächtigung zur Besitzergreifung finden wolle, so hätte doch letztere thatsächlich von Seiten der Baugesellschaft hinzukommen müssen.

Was hätten nun wohl Magistrat und Baugesellschaft eigentlich thun sollen, um ihrem Vertrag im Auge des Gerichts Wirksamkeit zu verschaffen? Hätten sie etwa in corpore nach der Bultstraße hinausziehen, und dann auf die entsprechende Erklärung des Magistrats die Direktoren der Gesellschaft sich einige Zeit dort niederlassen sollen, um so ihren erworbenen Besitz zu beurkunden? Was für eine reelle Bedeutung hätte wohl eine solche Schaustellung gehabt? Hätte die Bultstraße dadurch ein anderes Ansehen ge-

---

*) Den hier ausgesprochenen Gedanken habe ich bereits vor längeren Jahren vertreten. Vgl. Bähr „Zur Cessionslehre" in Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 444 ff.

wonnen? Und wenn das AG., um eine traditio l. m. anzunehmen, die Entfernung des Amtslokals zu groß fand: hat es vielleicht Sorge getragen, es könne, bis man dorthin gelange, die Bultstraße davongelaufen sein?

Solche Entscheidungen, welche allen Lebensanschauungen widerstreiten, sind in hohem Maße geeignet, die gemeinrechtliche Rechtsprechung in der öffentlichen Meinung herabzusetzen, und Theorie und Praxis sollten gemeinschaftlich dahin arbeiten, daß dergleichen nicht vorkäme.

X. Verträge zu Gunsten Dritter. Schuldübernahme.

(§ 41 des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872.)

1. B. hatte von H. ein Grundstück gekauft und eine darauf lastende Hypothek auf das Kaufgeld übernommen. Nach erfolgter Auflassung wurde der Kauf rückgängig gemacht. H. kaufte von B. das Grundstück zurück und übernahm auch wieder die Hypothek. Bei der Zwangsversteigerung fiel die Hypothek aus. Der Gläubiger belangte hierauf den B. mit der persönlichen Klage auf Bezahlung der bei dem ersten Kauf übernommenen Hypothek. Das RG. (Hilfs-Sen. 1) hielt die Klage für begründet, indem es aussprach:

Der § 41 des Ges. v. 5. Mai 1872 läßt keine andere Deutung zu, als daß dem Gläubiger durch die Schuldübernahme die persönliche Klage gegen den Übernehmer unbedingt und endgültig erworben werde. Die Annahme, daß durch Wiederaufhebung des Vertrags jenes Recht rückgängig gemacht werden könne, scheitert an den Worten des § 41: „auch wenn er dem Übernahmevertrage nicht beigetreten ist". Es entspricht dies auch dem Gedanken des Gesetzgebers, welcher die landrechtlichen Grundsätze über Verträge zu Gunsten Dritter wesentlich ändern wollte. Das allg. LR. (Th. I Tit. 20 § 54) verhielt sich auf dem Standpunkte des röm. Rechts, daß der Dritte den zu seinen Gunsten von den Kontrahenten getroffenen Abreden nur mit deren Zustimmung beitreten dürfe. Trotzdem trat in der Praxis die Meinung hervor, daß der Käufer, welcher die Hypotheken auf das Kaufgeld übernimmt, hierdurch auch in die persönliche Verbindlichkeit eintrete, und daß der Gläubiger gegen den Übernehmer auch eine persönliche Klage richten dürfe. Die Deklaration vom 31. März 1835 wollte durch die Bestimmung, daß der Eigentümer seinen Anspruch auf Befreiung dem Gläubiger abtreten dürfe, das Schwanken der Praxis beseitigen, hierdurch aber der Prüfung des Prinzips nicht vorgreifen. In den Motiven des Ges. v. 5. Mai 1872 ist dagegen hervorgehoben, wie die moderne deutsche Rechtsentwicklung anstrebe, daß der Dritte aus den Verträgen Anderer ein direktes Recht erwerbe, wenn sich der Vertrag auf sein Recht beziehe, mithin der Wille der Kontrahenten darauf gerichtet sei, dem Dritten ein Recht zu schaffen. Diesem Streben der neuen Rechtsentwicklung hat der Gesetzgeber Rechnung tragen wollen; und deshalb liegt kein Grund vor, den § 41 anders als nach seinem Wortlaute auszulegen.

Urt. v. 25. Nov. 1879. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 48.

2. Der Käufer eines Grundstücks hatte eine darauf lastende Hypothek auf den Kaufpreis übernommen. Die Hypothek fiel beim Zwangsverkauf aus. Der Gläubiger erhob die persönliche Klage gegen den Käufer. Dieser wendete ein, der Gläubiger habe dem Besteller der Hypothek auf das behauptete Darlehn keine Valuta gezahlt. Das RG. (Hilfs-Sen. 1) erachtete die Einrede für zulässig, aus folgenden Gründen:

Ob die Einrede zulässig, hängt davon ab, ob Kläger aus dem Darlehnsvertrage oder aus dem Kaufvertrage klagt. Mit Recht nimmt die Vorinstanz ersteres an. Die in § 41 des Ges. v. 5. Mai 1872 gedachte persönliche Klage kann schon nach wörtlicher Auslegung nur die Klage aus dem der Eintragung zu Grunde liegende Schuldverhältnisse sein. Noch klarer wird dies durch den Abs. 2, wo bestimmt wird, daß der Veräußerer (unter den dort aufgeführten Bedingungen) von seiner „persönlichen Verbindlichkeit" frei werde. Darunter kann nur die aus Schuldverhältnissen, welche der Eintragung zu Grunde liegen, herstammende Verbindlichkeit gemeint sein. Im Sinne des Gesetzes tritt der Übernehmer kraft gesetzlicher Vorschrift in die Verpflichtung des Schuldners als Rechtsnachfolger ein. Daß dies die Absicht des Gesetzes ist, kann auch nach den Motiven nicht bezweifelt werden. Sie führen aus, daß eine Cession des Anspruchs aus der Schuldübernahme ein künstlicher Umweg sei, welchen die Gesetzgebung vermeiden müsse. Die Absicht des Käufers gehe offenbar dahin, daß er nicht bloß hypothekarisch, sondern auch persönlich dem Gläubiger haften wolle.

Dem entsprechen auch analoge Fälle. So das Recht der Erbschaftsgläubiger gegen den Erbschaftskäufer (allg. LR. Tl. I Tit. 11 § 463); ferner das Klagrecht des Gläubigers gegen denjenigen, welcher durch Vitalizienvertrag ein ganzes Vermögen erworben (ebendas. § 646), sowie die Klage des Legatars gegen den Intestaterben, welcher mit dem Testamentserben über die Erbschaft sich verglichen hat (Tl. I Tit. 16 § 441).

Wenn für die gegenteilige Ansicht in einer Entscheidung des OTr. (Entsch. Bd. 80 S. 68) sich darauf gestützt wird, daß ja ein Darlehn zwischen dem Gläubiger und Übernehmer nicht bestehe, so steht dem entgegen, daß auch der Anspruch des Verkäufers auf das Kaufgeld durch die Übernahme in deren Umfange getilgt wird und deshalb auf den Gläubiger nicht übergehen kann. Es würde der Entwicklung, welche die Schuldübernahme im modernen Recht gefunden hat, direkt widersprechen, wenn man annehmen wollte, daß durch dieselbe eine Änderung des Gläubigerrechts in dessen objektivem Bestande herbeigeführt werden könnte. Geht man hiervon aus, so muß der Schuldübernehmer dem Gläubiger auch die Einreden aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse entgegensetzen können.

Urt. v. 16. März 1880. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 142.

3. H. hatte eine Lebensversicherung erworben, wonach bei seinem Ableben an seine Ehegattin und seine Kinder 3000 Thlr. zu zahlen waren. Nach seinem Tode ließ ein Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung gegen die Witwe und Kinder als Erben, die jedoch persönlich für die Schuld nicht aufzukommen hatten, sich die

Versicherungssumme überweisen und von der Versicherungsgesellschaft 1216 *M.* auszahlen. Die Witwe und die Kinder erhoben hierauf Klage wider ihn auf Erstattung der ihnen widerrechtlich entzogenen Summe. Von dem RG. (Sen. 5) wurde die Klage für begründet gehalten.

Wenn auch der Versicherungsvertrag als ein Vertrag zu Gunsten Dritter (§§ 75 ff. allg. LR. Tl. 1 Tit. 5) zu betrachten ist, so würde doch der zur Vollwirkung solcher Verträge geforderte Beitritt der Dritten vorliegend (nach den bekannten Ausführungen des preuß. OTr.) nicht gefehlt haben, weil die Teilnahme der Witwe und der Kinder an dem Vertrage durch den Ehemann und Vater vermittelt ist. Es kann aber auch den Regeln der gedachten Paragraphen des allg. LR. eine durchgreifende, für alle Rechtsverhältnisse der fraglichen Art unbedingt maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden. Die Beschaffenheit und der Zweck gewisser Vertragsverhältnisse, insbesondere solcher, bei denen die Zuwendung an Dritte durch den Tod des Zuwendenden eine endgültige wird, läßt die Grundsätze der §§ 75, 76, 153 a. a. O. als unanwendbar erscheinen. Der Versicherungsnehmer ist allerdings auch den nicht beigetretenen Dritten bei Lebzeiten der Regel nach zu nichts verbunden; er kann die Versicherung aufgeben, verwirken oder wechseln. Mit seinem Tode erwächst aber den in der Police Benannten ein unwiderrufliches Forderungsrecht auf die Versicherungssumme, für dessen Geltendmachung kein Hindernis mehr besteht, da die Änderung des Willens des Erblassers unmöglich geworden ist. Auf die Erben des Nehmers geht der Anspruch nicht über.

Urt. v. 25. Febr. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 68.

4. In einem Gutsüberlassungsvertrage hatten die Eltern ihren Sohn verpflichtet, seinen Stiefgeschwistern, welche an dem Vertrage nicht teilgenommen haben, darunter dem Johann L., nach dem Tode der Mutter als Muttererbteil je 100 Thlr. zu zahlen. Johann L. ist im Jahr 1867, die Mutter im Jahr 1876 gestorben. Die Kinder und Erben des Johann L. haben den Gutsübernehmer auf Zahlung der Abfindung belangt. Der Beklagte wendet ein, da Johann L. vor seiner Mutter gestorben und weder er selbst noch seine Erben dem Vertrage beigetreten seien, so gehören die 100 Thlr. den Erben der Mutter. Durch einen im Jahre 1875 abgeschlossenen Vertrag sei aber der Nachlaß der Mutter auf ihn, den Beklagten, übergegangen. . . . Das RG. (Hilfs-Sen. 1) bestätigte das den Beklagten verurteilende Erkenntnis aus folgenden Gründen:

Der Gutsüberlassungsvertrag ist als ein Vertrag unter Lebenden anzusehen, auf welchen die Bestimmungen über Erbverträge keine Anwendung finden. Allerdings ist derselbe, soweit darin Abfindungen für die übrigen Kinder ausgesetzt werden, ein Vertrag zum Vorteile Dritter. Allein bereits im Jahre 1846 hat ein (die frühere Praxis abändernder) Plenarbeschluß des OTr. vom 25. Aug. 1846 den Grundsatz ausgesprochen, daß der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen könne, daß es dem Vertrage nicht beigetreten sei, indem man annahm, daß die Eltern bei einem solchen Vertrage

zugleich ihre abwesenden Kinder vertreten. Dieser Grundsatz ist, wenn auch den Gründen des OTr. nicht beigetreten wird, aufrecht zu erhalten. Die Gutsabtretung ist ein Vertrag von eigentümlicher, deutschrechtlicher Natur, welcher ausnahmsweise dahin geht, daß der Dritte ein unmittelbares Recht auf die Abfindung erwerben solle, vorbehaltlich der Befugnis der Kontrahenten, die Aussetzung vor der Acceptation abseiten der Bedachten zu widerrufen. Es ist nicht anzunehmen, daß das preuß. allg. LR. die auf festgewurzelter Rechtsüberzeugung beruhende Eigentümlichkeit dieses Rechsgeschäft habe auslöschen wollen. Der Vater, welcher sein Grundstück einem Kinde übergibt und den übrigen Kindern Abfindungen aussetzt, vollzieht damit eine Teilung seines Vermögens unter den Kindern. Dieser Teilungsakt wirkt unmittelbar auch für die nicht zugezogenen Kinder. Er bindet, so lange er nicht widerrufen ist, den Übernehmer und gewährt auch den Abfindlingen ein unmittelbares Recht gegen denselben und zwar mit Abschluß des Vertrags und ohne Beitritt. Darnach sind die §§ 75—77 Tl. 1 Tit. 5 des allg. LR. mit Recht außer Anwendung gelassen.

Urt. v. 18. Juni 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 74.

5. Vor längeren Jahren hatte der Mitinhaber eines Fabrikgeschäftes einem schwer verletzten Arbeiter erklärt:

„Seien Sie unbesorgt; Sie werden von unserer Fabrik lebenslänglich versorgt."

Der Arbeiter hatte dieses Versprechen angenommen. Nach seiner Herstellung wurde derselbe 22 Jahre hindurch in der Fabrik beschäftigt, dann aber, nachdem die Inhaber des Geschäfts mehrfach gewechselt, von einem neuen Inhaber entlassen. Er erhob hierauf gegen letzteren aus jenem Versprechen Klage. Die Klage wurde vom RG. (Sen. 3) für begründet erachtet.

Der Einwand, daß das fragliche Versprechen der Angabe des materiellen Schuldgrunds entbehre, ist ungegründet. Nach heutigem Recht hat der erklärte Wille der Kontrahenten schon für sich allein rechtserzeugende Kraft; vorausgesetzt nur, daß er auf Begründung einer Verpflichtung gerichtet war. Dies ist vorliegend nicht zu bezweifeln. Auch fehlt es dem Vertrag nicht an Bestimmtheit des Gegenstandes. Der Versprechende ging offenbar davon aus, Kläger solle lebenslänglich in der Fabrik beschäftigt werden und den üblichen Arbeitslohn, seinen seither geleisteten Diensten entsprechend, erhalten. Dieser Auslegung des Vertrags entspricht auch die langjährige thatsächliche Übung. Daß das fragliche Versprechen im Namen des Fabrikgeschäftes gegeben sei, ist bereits durch das Berufungsurteil festgestellt. Auch fällt dasselbe in den Bereich derjenigen Geschäfte, welche jeder Teilhaber gültig für die Gesellschaft eingehen darf, da es ein Engagementverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeiter zum Gegenstand hatte und deshalb mit dem Gewerbebetriebe unmittelbar zusammenhing.

Der Beklagte hat im Jahr 1868 das Geschäft aus dem Nachlaß des letzten Inhabers mit allen Aktiven und Passiven übernommen. Gleichwohl hat die Vorinstanz die Klage abgewiesen, weil eine Kenntnis

des Beklagten von der Existenz des fraglichen Kontrakts ebensowenig behauptet sei, wie die seiner nächsten Rechtsvorgänger. Letztere haben daher auch mutmaßlich nicht den Willen gehabt, eine solche Verbindlichkeit auf den Beklagten zu übertragen. Die hiergegen gerichteten Angriffe sind gerechtfertigt.

Ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, von dessen Person und Anspruch die Kontrahenten keine Kenntnis haben, ist rechtlich undenkbar. Damit ist allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß sich in Fällen der vorliegenden Art der Übernehmer eines Handelsgeschäfts verpflichtet, alle Gläubiger desselben, auch die nicht bekannten, zu befriedigen, und daß hierdurch jene Gläubiger aus dem zu ihren Gunsten abgeschlossenen Vertrage durch Beitritt zu demselben ein selbständiges Klagrecht gegen den Erwerber erlangen. Allein immerhin muß feststehen, daß der frühere Inhaber des Geschäfts die Absicht hatte, auch den unbekannten Gläubigern Rechte zu erwerben, und der jetzige Inhaber, dieses Recht gegen sich einräumen. Aus der Thatsache allein, daß das Handelsgeschäft mit den Passiven übergegangen ist, kann nicht hergeleitet werden, daß die Kontrahenten bei dessen Veräußerung eine solche Wirkung vertragsmäßig herbeiführen wollten (Entsch. des ROHG. Bd. 21 S. 232). Es fragt sich daher nur, ob nach den Bestimmungen des HGB. der Rechtsnachfolger einer Firma durch Übernahme des Geschäfts mit allen Passiven für die Geschäftsschulden haftbar wird. Das HGB. hat diese Frage offen gelassen. Die zweite Instanz hat die Frage mit Bezug auf die ständige Rechtsprechung des ROHG. (Entsch. Bd. 1 S. 66, Bd. 2 S. 143, Bd. 8 S. 383, Bd. 22 S. 159, Bd. 16 S. 271) verneint. Es ist jedoch dieser Ansicht für den — hier zu entscheidenden — Fall nicht beizupflichten, daß der Erwerber eines Handelsgeschäfts unter Übernahme von Aktiven und Passiven in alle geschäftlichen Beziehungen desselben eintritt und nun das Geschäft unter Beibehaltung der früheren Firma fortsetzt. In einem solchen Vorgange liegt für den kaufmännischen Verkehr ein wirksames Angebot des Erwerbers an die Geschäftsgläubiger, denselben für ihre Forderungen an den früheren Inhaber des Geschäfts gerecht zu werden, eine Offerte, welche der besonderen Zustimmung, der ausdrücklichen Annahme dieser Gläubiger um so weniger bedarf, als sie nur Rechte für dieselben begründet. Es muß vom Standpunkte der Handelssitte und des praktischen Bedürfnisses, sowie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Handelsverkehre der Fortführung des Geschäfts unter derartigen Umständen dieselbe Wirkung beigelegt werden, wie der öffentlichen handelsüblichen Bekanntmachung des Erwerbers, daß er die Passiva des Geschäfts mit übernommen habe.

Urt. v. 9. Juli 1880. Entsch. des RG. Bd. 2 Nr. 16.

6. Eine Kreditgesellschaft hatte einen erheblichen Teil des Aktienkapitals der klagenden Aktiengesellschaft gezeichnet, war dann aber in Konkurs gefallen. Die Klägerin erhob wegen der nach der Konkurseröffnung ausgeschriebenen Einzahlungsbeträge Feststellungsklage wider die Konkursmasse. Diese bestritt den Anspruch, weil nur Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Zeichnungsvertrags gefordert werden könne.

Eventuell machte sie eine Gegenforderung geltend. In dem zwischen beiden Teilen bestehenden Kontokorrent sei die Kridarin mit einem erheblichen Posten zu Gunsten der Klägerin belastet, weil diese in Höhe dieses Postens Schulden der Kridarin übernommen habe. Klägerin habe aber weder jene Schulden bezahlt, noch sonst die Befreiung der Kridarin herbeigeführt, so daß alle jene Schulden im Konkurs angemeldet seien. Werde jener Belastungsposten im Kontokorrent gestrichen, so ergebe sich ein Saldo zu Gunsten der Kridarin in Höhe des zur Aufrechnung gestellten Betrags. Beide Instanzrichter verurteilten die Konkursmasse. Der Aufrechnungseinwand wurde verworfen, weil die Kridarin nicht Entlastung von dem für die Schuldübernahme geschaffenen Belastungsposten, sondern nur Befreiung von den Schulden fordern könne. Die Beklagte erhob Nichtigkeitsbeschwerde in bezug auf den mittels Aufrechnung zu deckenden Teil der Klagforderung. Bezüglich dieses Teiles wurde das Urteil vernichtet und die Klage angebrachtermaßen abgewiesen. Das RG. (Sen. 1) sprach aus:

Bei der Übernahme fremder Schulden ist nicht die bloße Verpflichtung, die Schuld übernehmen zu wollen, sondern die Befreiung des bisherigen Schuldners diejenige Handlung, für welche im Zweifel dem Übernehmer erst die Vergütung vom bisherigen Schuldner erwächst. Die Belastung jemands im Kontokorrent für die Übernahme seiner Schuld kann daher nur als in der Voraussetzung wirklicher Befreiung erfolgt angesehen werden. Erreicht der Kontokorrentvertrag sein Ende, ohne daß jene Voraussetzung eingetreten ist, so muß der Belastungsposten durch einen entsprechenden Entlastungsposten wieder ausgeglichen werden. Der Konkurs des Beklagten setzte naturgemäß dem Kontokorrentvertrag sein Ziel. Hat bis dahin eine Befreiung der Kridarin nicht stattgefunden, so fiel der Schuldübernahmevertrag als von keiner Seite erfüllt zusammen. Es ist daher das genannte Erkenntnis wegen unrichtiger Beurteilung des Aufrechnungseinwandes zu vernichten.

Die hiernach gebotene freie Beurteilung ist aber zugleich auf die Begründung des Klaganspruchs, soweit er sich mit der zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt, zu erstrecken. Diese Begründung ist zu verneinen. Bei der Aktienzeichnung muß der Leistung der Einzahlung von der einen Seite die Gewährung von Aktienrechten und Aktienurkunden von der andern Seite entsprechen. Es handelt sich also um ein zweiseitiges Vertragsverhältnis. Es ist weder der Aktiengesellschaft zuzumuten, gegen nur teilweise Befriedigung rücksichtlich des Zeichnungsbetrags die vollen Aktien zu gewähren, noch der Konkursmasse, sich mit einem der Teilzahlung entsprechend verminderten Aktienbetrag abfinden zu lassen. Es handelt sich hiernach um ein Verhältnis, auf welches der § 16 preuß. Konk.-Ordn. Anwendung findet. Tritt die Konkursmasse nicht in das Vertragsverhältnis ein (in welchen Falle die Verpflichtung zur Zahlung Massenschuld werden würde), so muß wegen der unlösbaren Wechselbeziehung von Leistung und Gegenleistung der Gläubiger seinen Anspruch in einen reinen Konkursanspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrags umwandeln. Ein solcher Entschädigungsanspruch kann möglicherweise

dem Anspruch auf Erfüllung aus der Aktienzeichnung gleichkommen. Vorliegend ist aber in dieser Weise der Anspruch nicht begründet.

Urt. v. 22. Mai 1880. Entsch. des RG. Bd. 2 Nr. 72.

Die vorstehenden Entscheidungen bewegen sich zwar größtenteils auf dem Boden des preußischen Rechts. Sie schlagen aber zugleich tief ein in die gemeinrechtliche Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter, und sind auch für deren Verständnis von Interesse.

Diese Lehre ist keine willkürliche Erfindung; sie hat vielmehr ihre Wurzeln in dem röm. Recht, wenn sie auch dort (ähnlich wie die verwandte Cessionslehre) erst in späterer Zeit sich gestaltet hat und deshalb nicht zu voller Durchbildung gekommen ist.

Im röm. Recht galt ursprünglich der Grundsatz: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*). Den älteren röm. Juristen schien es unverständlich, was für ein Interesse jemand bei Schaffung einer Obligation haben solle, aus welcher nicht ihm selbst, sondern einem Dritten Rechte erwüchsen. Wenn hiernach ein solcher auf Leistung an einen Dritten gestellte Vertrag zwischen den Kontrahenten selbst keine Rechte erzeugte, so war es noch weniger denkbar, daß aus demselben dem Dritten eine Klage zugestanden hätte. Paulus sagt**): neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Ein Ausfluß dieser Anschauung war auch der weitergehende Satz, daß eine Verpflichtung nicht auf die Zeit nach dem Tode des Stipulanten***), auch nicht auf die Erben desselben, gestellt werden könne. Parallel mit diesen Sätzen ging die Unzulässigkeit des Erwerbs einer Obligation durch Stellvertreter, sowie einer Übertragung derselben auf einen Dritten.

Im Laufe der Zeit erwiesen sich aber diese strengen Grundsätze den Anforderungen des Lebens gegenüber nicht haltbar. Schon von den klassischen Juristen wurden in einer Reihe von Fällen Verträge als gültig anerkannt, in welchen die Leistung des Promittenten einem Dritten zugewiesen war. Hatte jemand ein Darlehn auf den Namen eines Dritten gegeben, so sollte diesem das Darlehn erworben sein†). Hat der Hinterlegende angeordnet,

---

*) l. 73 § 4 D. de R. J. 50, 17.

**) l. 11 D. de O. et A. 44, 7.

***) Es wird hier und weiter zur Bezeichnung des auf die Leistung an den Dritten Berechtigten der Ausdruck „Stipulant" gebraucht, ohne daß jedoch ausschließlich an eine Stipulation als Grundlage der Berechtigung gedacht ist.

†) l. 9 § 8 D. de R. C. 12, 1 (von Ulpian, welcher sich auf Aristo und Julian bezieht).

daß (nach seinem Tode) der hinterlegte Gegenstand einem Dritten ausgeliefert werde, so sollte dem Folge gegeben werden*). Hatte der Vater bei Übertragung seiner Güter von dem Sohne sich versprechen lassen, daraus an einen von ihm zu bezeichnenden Dritten nach des Vaters Tode etwas zu leisten, so sollte der Sohn aus dem Versprechen haften**). Wenn der Großvater seinem Schwiegersohn einen Brautschatz gab und dessen Erstattung an seine Enkelin stipulierte, so sollte dies wirksam sein***). Am tiefsten greift aber eine Stelle von Ulpian (l. 38 § 20—23 D. de V. O.) in die Lehre ein. Nachdem er kurz vorher (§ 17) noch den Satz aufgestellt und näher begründet hat: Alteri stipulari nemo potest, gibt er plötzlich der Sache eine andere Wendung durch die allerdings nur zweifelnd aufgestellte Frage (§ 20): Si stipuler alii, quum mea interesset, an stipulatio committatur? Die Beantwortung dieser Frage an einer Reihe von Beispielen läßt aber erkennen, wie er den Satz vertritt, daß derjenige, welcher eine Leistung an einen Dritten sich versprechen läßt, bei welcher er selbst ein Interesse hat, namentlich also, wenn er selbst dem Dritten diese Leistung schuldet, aus diesem Versprechen eine wirksame Klage habe†).

Dieser Gesichtspunkt war auch für Justinian maßgebend. Zwar schreibt er noch in § 4 und 19 J. de inutil. stip. 3, 19 den Satz nach: Alteri stipulari nemo potest. Aber in dem folgenden § 20, welcher offenbar der vorgedachten Stelle Ulpians entlehnt ist, modifiziert er diesen Satz. Er beginnt nicht mehr zweifelnd, wie Ulpian, sondern mit dem bestimmten Ausspruch: Sed et si quis stipuletur alii, quum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Er führt dann kurz zusammengedrängt die Beispiele Ulpians wieder auf. Damit war der Satz: Alteri stipulari nemo potest, als durchgreifendes Prinzip aufgegeben. Er war auf sein natürliches Maß zurückgeführt. Schon früher hatte Justinian es allgemein für statthaft erklärt, eine Verpflichtung auch auf die Zeit nach dem Tode des Stipulanten zu stellen (l. 11 C. de contr. stip. 8, 38; l. un. C. ut act. ab hered. 4, 11).

Wenn man aber es zuließ, daß die Leistung aus Verträgen auch auf Dritte gestellt werden könnte, so mußte man sich sagen,

---

*) l. 26 pr. D. depos. 16, 3 (Paulus).

**) l. 37 § 3 D. de leg. 3 (Scävola).

***) l. 45 D. solut. matr. 24, 3 (Paulus); l. 7 C. de pact. conv. 5, 14 (Diokl.).

†) So sind die Worte zu verstehen in § 21 a. E.: habere eum utilem ex locato actionem; gewiß ist dabei nicht an eine actio utilis im technischen Sinne gedacht. Donell will statt utilem lesen: utique. Vgl. auch l. 48 D. loc. 19, 2.

daß solche Verträge doch erst dann volle Wirksamkeit erlangten, wenn man nicht bloß dem Stipulanten, sondern auch dem Dritten eine entsprechende Klage gewährte. Auch dies geschah im Laufe der späteren Kaiserzeit. Das Mittel dazu boten die actiones utiles. Bekanntlich waren diese Klagen Ausdehnungen der Klagen des Civilrechts auf entsprechende andere Verhältnisse. Dahin gehörte insbesondere auch die Übertragung von Klagerechten auf Personen, die nach der Strenge des Rechts aus dem betreffenden Verhältnis nicht klagberechtigt waren. So wurde demjenigen, welchem von dem bisherigen Gläubiger eine Forderung zu eigenem Rechte übertragen war, der aber nach der Strenge des Rechts diese Forderung nur auftragsweise (mittels actio mandata) verfolgen konnte, auch ohne solchen Auftrag eine actio utilis gewährt; und unter ihrem Schutze entwickelte sich so die Cession als ein Akt vollendeter Vermögensübertragung. In ähnlicher Weise wurde dem Dritten, welchem durch einen Vertrag Anderer eine Leistung aus diesem Vertrage zugewiesen war, und welcher der Strenge des Rechts nach den Anspruch auf diese Leistung nur mittels einer actio mandata des Stipulanten hätte geltend machen können, dieselbe Klage auch ohne Mandat gewährt. Hier hatte aber die actio utilis eine andere, schwächere Bedeutung. Sie war nicht Repräsentantin eines vollendeten Vermögensübergangs. Damit würde sie dem wahren Willen der beteiligten Kontrahenten nicht entsprochen haben. Vielmehr war sie auch materiell nur Repräsentantin einer actio mandata, d. h. eines von dem Willen des ursprünglich Berechtigten in Abhängigkeit verbleibenden Rechtes. Die in dem Vertrag von dem einen Kontrahenten ausbedungene Verpflichtung, an den Dritten zu leisten, konnte zugleich als eine Ermächtigung des Dritten gelten, diese Leistung von dem anderen Kontrahenten zu fordern, und zwar wirksam zu fordern mittels Anstellung einer Klage. Mehr aber nicht. Der klagende Dritte trat auf nur als procurator des Stipulanten; jedoch als in rem suam procurator. Die Gewährung einer solchen actio utilis finden wir zunächst ausgesprochen in mehreren Stellen des Kodex. In l. 8 C. ad exhib. 3, 42 wird in dem Falle, wenn der Verleiher oder Hinterleger einer Sache ausbedungen hat, daß dieselbe an einen Dritten zurückgegeben werde, diesem Dritten propter aequitatis rationem die actio depositi utilis gewährt. Eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes finden wir in l. 9 C. de usuris 4, 32, wonach in dem Falle, wo der Schuldner die Sache, deren Annahme der Gläubiger verweigert, öffentlich hinterlegt, der Gläubiger die actio utilis aus der Hinterlegung gegen den Depositar haben soll. In l. 3 C. de donat. quae. sub modo 8, 55 wird in dem Falle, wo ein Schenkgeber bei der Schenkung bedungen hatte, daß die Sache nach gewisser Zeit einem

Dritten herausgegeben werden solle, diesem Dritten, auch nach dem Tode des Schenkgebers, die dem letzteren zustehende Klage als actio utilis gestattet. Nach l. 9 C. de loc. 4, 45 wird von dem Käufer eines Grundstückes, dem gegenüber der Verkäufer ausbedungen, daß er die Verpachtung dem Pächter aushalte, gesagt: bonae fidei judicio ei, quod placuit, parere cogetur. Hierdurch wird anerkannt, daß auch der Pächter die zu seinen Gunsten getroffene Verabredung klagend oder einredeweise geltend machen könne. In l. 7 C. de pact. conv. 5, 14 wird aus dem Vertrag des Großvaters, wonach der von diesem seiner Tochter gegebene Brautschatz den Enkeln erstattet werden soll, den letzteren eine actio utilis gewährt.

An diese Kodexstellen schließen sich zwei Pandektenstellen, die ich hinter jene stelle, weil sie so, wie sie dastehen, sicherlich nicht von Paulus und Ulpian, sondern von den Juristen Justinians herrühren. Dafür spricht sowohl Form als Inhalt. Paulus und Ulpian haben gewiß noch nicht eine actio utilis des Dritten anerkannt, da bei ihnen ja noch die Frage aufgeworfen wurde, ob der Stipulant selbst eine Klage aus der Stipulation auf Leistung an einen Dritten habe (S. 77).

Die erste Stelle (l. 45 D. sol. matr. 24, 3) bespricht den nämlichen Fall, welchen die l. 7 C. de pact. conv. betrifft. Paulus schloß diese Stelle wahrscheinlich mit den Worten: Sed dicendum est, Sejae posse dotem solvi (quamvis actio ei non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Die Kompilatoren schoben in diesen Satz zwischen ei und non das Wort directo ein, und fügten dann hinzu: Sed permittendum est nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem habere; favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est.

In l. 45 D. de V. O. 45, 1 sodann behandelte Ulpian die beiden Stipulationen: post mortem meam filiae meae dari? und post mortem filiae meae dari? Sicherlich ging seine Entscheidung dahin, daß die erste Stipulation unwirksam, die zweite wirksam sei. Die Stelle, wie sie jetzt dasteht, erklärt beide für wirksam, und fügt dann hinzu: sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat; offenbar ein Zusatz der Kompilatoren*).

---

*) Man könnte auch den Fall der l. 13 pr. D. de pign. act. 13, 7 hierher rechnen, wonach, wenn der Pfandgläubiger beim Pfandverkauf dem Schuldner die Wiedereinlösung des Pfandes vorbehält, diesem daraus eine actio in factum erwachsen soll. Hier liegt es aber näher, ein in Vertretung des Dritten geschlossenes Geschäft anzunehmen.

Gerade in dieser geflissentlichen Änderung gibt sich der Gegensatz kund, in welchen das Recht Justinians zu dem Rechte der klassischen Zeit sich stellte. Jedenfalls ist in der letzten Stelle das Prinzip, daß die ausbedungene Leistung an einen Dritten diesem ein Klagerecht gebe, in vollem Maße anerkannt.

Deshalb vertrat denn auch schon der Glossator Martinus die Ansicht: semper ex alterius pacto dari utilem actionem. Nicht minder wurde dieselbe von den Postglossatoren, unter diesen namentlich von Bartolus vertreten. Unter den späteren italienischen Juristen war es namentlich Benvenutus Straccha, der in seinem Tractatus de adjecto das Recht des Dritten, auf die ihm zugewiesene Leistung Klage zu erheben, betonte. Hieran schließen sich dann die Lehren einer großen Anzahl von Theoretikern und Praktikern des 17. und 18. Jahrhunderts: Hugo Grotius (de jure belli et pac. II c. 11 § 18); Mevius (Dec. P. 8 D. 439; P. 4 D. 112); Carpzov (Juris pr. for. II, 29 def. 20); Stryk (Us. mod. D. tit. de pactis § 12); Leyser (Med. 519, 5); Wernher (Obs. for. I, 1 obs. 182); Schilter (Prax. jur. rom. exerc. 8 § 27); Puffendorf (Observ. II, 38).

Gleichwohl hatte auch in dieser weiteren Entwicklung die Lehre mit unverkennbaren Schwierigkeiten zu kämpfen.

Eine solche lag zunächst in der Dürftigkeit der Quellen. Es ist ja nicht zu leugnen, daß in diesen eine Menge Stellen sich finden, die den Standpunkt der früheren Zeit vertreten; während diejenigen Stellen, welche von dem späteren Fortschritt Zeugnis geben, nur vereinzelt dastehen. Wer nun nicht mit historischem Blick und lebendigem Sinn für das jener Fortbildung zu Grunde liegende praktische Bedürfnis an die Auslegung unserer Quellen herantritt, kann leicht dahin gelangen, jenen ersteren Stellen die vorwiegende Herrschaft einzuräumen*). Dazu kam der für Verträge der fraglichen Art nicht glücklich gewählte Namen: pacta in favorem tertii, Verträge zu Gunsten oder zum Vorteil eines Dritten. Dieser täuscht Viele in der Art, daß sie glauben, es müsse ein solcher Vertrag jederzeit auf eine Gunst, eine Wohlthat für den Dritten berechnet sein. Das ist ganz und gar nicht richtig. Es ist allerdings möglich, daß man einen solchen Zweck im Auge hat. So z. B. bei Verträgen mit Witwenkassen, bei Lebensversicherungen, bei Erbverträgen zu Gunsten Dritter. Aber wesentlich für den Begriff des Vertrags ist das nicht. Ein heutzutage sehr

*) Auch hier möge man wieder an die Cessionslehre sich erinnern, welche mit denselben Schwierigkeiten zu kämpfen hatte. Mühlenbruch und Puchta konnten über den Standpunkt der klassischen Zeit nicht hinaus. Erst nach ihnen hat sich die Lehre entwickelt, welche in der Cession einen Akt vollendeter Vermögensübertragung erkennt (vgl. Entsch. des RG. Bd. 4 Nr. 32).

häufiger Vertrag zu Gunsten Dritter ist z. B. die Unfallversicherung, die der Arbeitgeber für seine Arbeiter nimmt*). Für die Natur dieses Vertrags ist es aber ganz gleichgültig, ob diese Versicherung im Umfange der eigenen Haftpflicht des Arbeitgebers, oder über diesen Umfang hinaus genommen wird. Einer der häufigsten Verträge zu Gunsten Dritter ist ferner die Schuldübernahme bei Verkäufen vom Grundeigentum. Diesen schließt der Verkäufer ab, um seinerseits von der Schuld frei zu werden. Unter allen Umständen schließt derjenige, welcher eine Leistung an einen Dritten ausbedingt, den Vertrag ab als sein Recht, in seinem Namen, in seinem Interesse. Er bedingt die Leistung sich aus; das ist das Charakteristische dieser Verträge**). Thäte er es als Vertreter (negotiorum gestor) des Dritten, so würde der Vertrag dadurch einen ganz anderen Charakter annehmen. Wenn nun auch der Name „Vertrag zu Gunsten Dritter" kein glücklicher ist, so ist es doch schwer einen anderen die Sache kurz bezeichnenden Namen zu finden; und man wird daher wohl an diesem Namen festhalten müssen***).

Endlich hat auch einen ungünstigen Einfluß auf die Lehre das preuß. LR. geübt. Der praktische Sinn, der die Verfasser desselben sonst auszeichnet, ist ihnen bei dieser Lehre nicht treu geblieben. In Tl. I Tit. 5 finden sich folgende Bestimmungen:

§ 74. Auch die Vorteile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages sein.

§ 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar teilgenommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist.

§ 76. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vorteile geschlossene Vertrag nach dem Einverständnisse der Kontrahenten geändert oder gar aufgehoben werden.

§ 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritte einmal geschehen, so müssen die Kontrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.

---

*) Wenn die Entsch. des ROHG. Bd. 23 Nr. 55 dies verneint, so beruht dies auf einer unrichtigen Vorstellung von dem Wesen eines Vertrags zu Gunsten Dritter.

**) Deshalb kann auch der Kontrahent, welcher die Leistung an den Dritten sich ausbedungen, selbst aus diesem Vertrag Klage erheben; freilich nur insoweit, als die Natur der ausbedungenen Leistung dies zuläßt. Die Leistung, welche an einen Dritten erst nach dem Tode des Stipulanten erfolgen soll, kann dieser natürlich nicht einklagen. Wohl aber würde er eine Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses (§ 231 CPO.) erheben können.

**) Windscheid hat jetzt den Namen „Verträge auf Leistung an Dritte" gewählt. Die Bezeichnung ist zutreffend, aber etwas schwerfällig.

§ 153. Wenn ein Dritter einem zwischen anderen Kontrahenten geschlossenen Vertrage, welcher nach den Gesetzen schriftlich verfaßt werden mußte, beitreten will, so muß dieser Beitritt ebenfalls schriftlich erklärt werden.

Daneben handelt das allg. LR. noch besonders von der „Schuldübernahme“ (Tl. I Tit. 14 § 399 ff). Darunter versteht es aber nicht einen Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, sondern einen solchen zwischen Gläubiger und Übernehmer, indem letzterer für den Schuldner bei dem Gläubiger expromittiert. Mit dieser Behandlung ist natürlich die Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter gänzlich beseitigt. Der „Beitritt“, von welchem nach Tl. I Tit. 5 § 75 die Berechtigung des Dritten aus einem Vertrag dieser Art abhängig erklärt wird, und welcher nur erfolgen soll „mit Bewilligung der Hauptparteien“ und in der für den Hauptvertrag selbst vorgeschriebenen Form, ist nichts anderes als ein neuer Vertrag, den der Dritte mit den Hauptkontrahenten abschließt. Daß er aus einem solchen Rechte erlange, versteht sich von selbst, und es hätte dieserhalb keiner Bestimmungen bedurft. Durch diese Gestaltung der Sache blieben aber eine Reihe der wichtigsten Verhältnisse unseres Rechtslebens schutzlos. Bei einer bäuerlichen Gutsübergabe hatten weder die Gläubiger, deren Forderungen übernommen, noch die Kinder, denen Abfindungen ausgesetzt waren, eine Klage gegen den Gutsübernehmer. Natürlich mußte sich gegen diese Mißstände eine lebhafte Reaktion bilden. Man wollte mittels der Gesetzgebung helfen, gelangte aber nicht weiter als zu der Deklaration v. 21. März 1835, welche folgende Grundsätze aufstellte:

„Wer ein Grundstück erwirbt und dabei die darauf lastenden Hypothekenschulden übernimmt, wird dadurch allein dem Gläubiger persönlich nicht verpflichtet, vielmehr bedarf es dazu noch eines besonderen Vertrags zwischen Gläubiger und Erwerber.“

„Wenn jedoch der Erwerber nicht allein die Hypothekenschulden übernimmt, sondern auch sich zu deren Tilgung persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen dem Gläubiger abzutreten.“

Das war allerdings keine zureichende Hilfe. Für jeden, der das Leben kennt, liegt es auf der Hand, daß derjenige, welcher auf den von ihm zu zahlenden Kaufpreis „eine Schuld übernimmt“, sich damit auch „verpflichtet, diese Schuld zu tilgen“. Hier werden aber an die eine und die andere Ausdrucksweise verschiedene rechtliche Folgen geknüpft. Nicht minder sollte man für unzweifelhaft halten, daß der Verkäufer berechtigt sei, seinen Anspruch auf Tilgung der Schuld (der ja nichts weiter ist, als ein Anspruch auf ein Stück Kaufpreis) an seinen Gläubiger abzutreten. Hier

hat man aber für nötig gehalten, dies noch besonders auszusprechen. Mit diesem unbefriedigenden gesetzlichen Material hat sich — abgesehen von den später zu besprechenden Bestimmungen des Gesetzes v. 5. Mai 1872 — die preußische Rechtsprechung bis auf den heutigen Tag durchschlagen müssen.

Aber auch auf dem Gebiet des gemeinen Rechts ist man zu einem befriedigenden Abschluß der Lehre bis heute nicht gelangt. Die immer weiter sich bildende Kluft zwischen Theorie und Praxis war der Lehre nicht günstig. Die Theorie gefiel sich mehr und mehr darin, den Satz festzuhalten, „daß Verträge nur unter den Kontrahenten wirken". Es war das ja nicht schwer, wenn man nur die zahlreichen Stellen betonte, die den Standpunkt der älteren Jurisprudenz vertreten. Die spätere Rechtsentwickelung ignorierte man, oder fand sich mit den auf sie bezüglichen Aussprüchen als mit bloßen „Ausnahmen" ab. Auch in der Praxis war eher ein Rückschritt als ein Fortschritt der Lehre bemerkbar. Waren auch die Praktiker alten Schlages bemüht, die Lehre festzuhalten*), so blieb doch auf die jüngere Schule die theoretisierende Richtung der Zeit nicht ohne Einfluß. Dazu kam die Schwierigkeit einer befriedigenden theoretischen Gestaltung der Lehre. Ein Klagerecht, welches zwar im eigenen Interesse, aber doch nur in fremder Vertretung (d. h. in Abhängigkeit von dem fortdauernden Willen Anderer) auszuüben sei, erscheint vielen Juristen als etwas ganz Unfaßbares. Manche haben daher die ganze Lehre über Bord geworfen und wollen ein Klagerecht des Dritten nur anerkennen, soweit er ein solches durch ein besonderes mit den Hauptkontrahenten abgeschlossenes Rechtsgeschäft erworben hat. Andere wollen zwar die Verträge zu Gunsten Dritter gelten lassen, verzweifeln aber an der Möglichkeit einer juristischen Konstruktion. „Die allein zutreffende Konstruktion", sagt Windscheid (unter Bezugnahme auf Unger, Regelsberger, Gareis, Siegel), „ist, daß man das Forderungsrecht des Dritten hervorgehen läßt wie aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage als solchem, so auch ohne Durchgang durch die Person des Versprechensempfängers. Alles Nähere hängt von dem Willen der Kontrahenten ab." Das ist aber keine Konstruktion, sondern nur der Verzicht auf eine solche. Und diejenigen, welche diese Lehre aufstellen, würden damit sehr in Verlegenheit geraten, wenn sie einmal in die Praxis hereinkämen und die dort auftauchenden Fragen entscheiden sollten. — Noch Andere haben die Lehre in der Art sich zurecht gelegt, daß sie für den Dritten ein selbständiges

*) S. namentlich B. W. Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. 4 S. 152 und in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 9 Abs. 12.

Vertragsrecht herzustellen suchen. Man sagt, es müsse der Dritte, um ein Recht zu erwerben, den Vertrag „genehmigen“ oder ihn „acceptieren“ oder er müsse ihm „beitreten“. Verstände man unter diesen Ausdrücken nichts weiter, als daß der Dritte, um Rechte aus dem Vertrage zu erlangen, von diesen Rechten auch Gebrauch machen, also die Leistung einfordern und nach Befinden einklagen müsse, so wäre ja dagegen nichts einzuwenden. Man versteht aber vielfach darunter eine von der Ausübung des Rechts selbst verschiedene Handlung, eine Erklärung, der man dann die Wirkung beimißt, daß sie das Recht des Dritten aus dem Vertrage zu einem vollendeten, unwiderruflichen mache. So verstanden passen alle jene Worte nicht. Man kann sich davon schon durch folgende Betrachtung überzeugen. Alltäglich werden unzählige Verträge zu Gunsten Dritter geschlossen. Hat man aber wohl jemals gehört, daß der Dritte an die Kontrahenten oder an einen derselben einen Brief schriebe, worin er erklärte, er genehmige den Vertrag, oder er acceptiere ihn, oder er trete demselben bei? Warum geschieht das nicht? Weil im praktischen Leben jeder fühlt, daß so etwas keinen Sinn hätte. Die Jurisprudenz aber arbeitet mit solchen Begriffen, als ob es Realitäten wären.

Ein Vertrag zu Gunsten Dritter ist kein Vertrag, der in Vertretung des Dritten geschlossen würde; dieser hat deshalb auch nichts dabei zu genehmigen. Er enthält auch kein an den Dritten gerichtetes Angebot; dieser hat dabei nichts zu acceptieren. Was den „Beitritt“ des Dritten anbelangt, so pflegt man freilich hierzu nicht das zu verlangen, was das preuß. LR. unter dem Beitritt des Dritten versteht, — einen neuen Vertrag, den der Dritte mit den Hauptkontrahenten abschließt. Was man sich aber darunter denkt, ist etwas durchaus Unklares. Hier kann man recht sagen, daß ein Wort sich eingestellt, weil ein Begriff fehle. Einem Vertrag Anderer beitreten, hat einen verständlichen Sinn, wenn die Kontrahenten in dem Vertrage für den Dritten eine Stelle offen gelassen haben; wenn also z. B. mehrere Teilhaber an einer Sache diese in der Art geteilt, daß sie auch einem nicht mitwirkenden Teilhaber einen Anteil ausgeworfen haben. Tritt nun dieser Teilhaber dem Vertrag bei, so erkennt er damit die Teilung auch für sich als wirksam an. Aber auch ein solcher Vertrag ist der Vertrag zu Gunsten eines Dritten nicht. Es findet sich keine offene Stelle darin, in welche der Dritte eintreten könnte. Auch der „Beitritt“ zu einem solchen Vertrage hat keinen verständlichen Sinn.

Der Gedanke, daß das Recht des Dritten aus dem Vertrage notwendig auf ein von ihm selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft sich zurückführen lassen müsse, hat dann auch weiter dahin geführt, zu forschen, ob denn auch den Kontrahenten die „Absicht“ inne-

gewohnt, dem Dritten ein Recht zu erwerben oder zuzuwenden. Auch diese Forschung ist auf etwas durchaus Unerfindliches gerichtet. Der Stipulant will allerdings das Recht erwerben, daß der Promittent dem Dritten leiste. Aber er erwirbt dieses Recht für sich; ob er dabei zugleich daran denkt, daß der Dritte daraus ein Recht geltend machen solle, ist etwas rein Zufälliges. Kein Mensch kann es wissen.

Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten bildet hiernach ein zwischen den Kontrahenten vollendetes, in sich selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft, bei welchem eine Willenserklärung des Dritten weder etwas ab- noch zuthun kann. Der Dritte erwirbt daraus eine Klage*) auf die ihm zugewiesene Leistung, ohne daß ihm ein selbständiges Recht übertragen ist. Er kann die Klage nur ausüben innerhalb der Schranken des von dem Hauptkontrahenten bethätigten Willens. Und deshalb kann er weder durch eine Genehmigung, noch durch eine Acceptation, noch durch eine Beitrittserklärung sein Klagerecht unwiderruflich machen. Es unterliegt vielmehr bis dahin, daß er es wirklich ausgeübt hat, dem Widerruf. Die Frage aber, ob dieser Widerruf einseitig von dem Stipulanten, oder nur zweiseitig durch Vereinbarung beider Kontrahenten erfolgen kann, hängt davon ab, ob die Leistung an den Dritten lediglich im Interesse des Stipulanten oder im Interesse beider Teile ausbedungen ist. Habe ich eine Sache verkauft, mit der Bestimmung, daß der Käufer den Kaufpreis an einen Dritten — sei es als Schenkung oder als Zahlung einer Schuld oder aus irgend welchem andern Grunde — zahlen solle, so kann ich jederzeit dem Käufer sagen: „ich widerrufe diese Bestimmung; zahle an mich selbst." Die Überweisung ist in diesem Falle nur ein einfacher Auftrag, den ich bis zu dessen Erfüllung jederzeit zurücknehmen kann**). Wäre aber der Preis zur Abbezahlung einer Schuld bestimmt, für welche das verkaufte Grundstück hypothekarisch haftet, so würde ich nur unter Zustimmung des Käufers die Bestimmung ändern können, weil dieser ein Interesse dabei hat, daß mit Bezahlung des Preises zugleich die Hypothek getilgt werde.

Unwiderruflich kann aber das Recht des Dritten auch dadurch werden, daß der eine oder der andere Kontrahent sich mit ihm in ein selbständiges Verhältnis setzt; daß also der Stipulant ihm seinen Anspruch auf die Leistung durch Cession überträgt, oder daß der Promittent ihm ein selbständiges Zahlungsversprechen

---

*) Unter Umständen kann es auch eine Einrede wider die Klage des Promittenten sein. So in dem Fall Entsch. des ROHG. Bd. 23 Nr. 112.

**) Vgl. l. 106 D. de solut. 46, 3.

leistet. Dies kann auch in gewissen unscheinbaren Formen geschehen, in welchen die Natur solcher Rechtsgeschäfte einigermaßen versteckt auftritt. Wir werden darauf unten (S. 89) zurückkommen.

Betrachten wir nun die Klage des Dritten aus dem Vertragsabschluß, so ist es unzweifelhaft, daß die vom Stipulanten dem Promittenten gegenüber erworbene Klage es ist, welche der Dritte (utiliter) geltend machen darf. Hat also der Käufer die Zahlung des Preises an einen Dritten übernommen, so entspricht die Klage des Dritten der actio venditi. Demgemäß muß der Dritte auch alle Einreden gegen sich gelten lassen, welche der Käufer seinem Verkäufer entgegensetzen könnte*). Dieses Verhältnis ändert sich auch nicht, wenn die Zahlung an den Dritten dazu bestimmt ist, eine Schuld des Stipulanten an den Dritten zu tilgen. Wir nennen dieses Geschäft, welches am häufigsten bei Gutsverkäufen oder Geschäftsübertragungen vorkommt, „Schuldübernahme". Wenn der Käufer auf das Kaufgeld eine Schuld des Verkäufers übernimmt, so verspricht er damit, das Kaufgeld in einer bestimmten Form zu zahlen. Er wird also nicht schon durch die Übernahme frei, sondern erst durch die Zahlung, mag er diese auch nach der Absicht der Kontrahenten so lange hinausschieben dürfen, als der Dritte bereit ist, die Schuld ausstehen zu lassen. Auch wandelt sich durch die ausbedungene Form der Zahlung die Schuld des Käufers nicht etwa in eine Verpflichtung zu einer Handlung um, sondern sie bleibt eine Geldschuld. Indem aber der Käufer an den Dritten zahlt, tilgt er damit eine doppelte Schuld: seine eigene an den Verkäufer, und die des Verkäufers an den Dritten. In gleicher Weise macht der Dritte, wenn er wider den Käufer das ihm überwiesene Kaufgeld einklagt, eine doppelte Forderung geltend: die Forderung des Verkäufers wider den Käufer, und seine eigene Forderung wider den Verkäufer. Einreden aus dem erstgedachten Verhältnis muß er sich unter allen Umständen gefallen lassen**). Ob auch Einreden aus seinem Verhältnis zum Verkäufer, hängt davon ab, wie die Schuld dem Käufer zur Zahlung überwiesen ist.

Hat der Verkäufer die Schuld als eine *feststehende* dem Käufer überwiesen, so genügt diese Überweisung für den Dritten, um seine Klage darauf zu gründen, und Einreden, welche gegen

---

*) Wird bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter ausbedungen, daß dem Dritten gewisse Einreden aus der Person des Kontrahenten nicht entgegenstehen sollen, so verwandelt sich insoweit das Geschäft zu einer Art negotiorum gestio. Ein Fall dieser Art in den Entscheidungen d. ROHG. Bd. 17 Nr. 19.

**) Eine Ausnahme begründen nur Kompensationseinreden, weil diesen die ausbedungene Form der Zahlung — Leistung an den Dritten — entgegensteht. Dagegen kann der Schuldner Kompensationseinreden aus seinem Verhältnis zu dem klagenden Dritten erheben.

den Bestand der Schuld zur Zeit der Schuldüberweisung sich richten, sind nicht zulässig; sie werden durch die in der Überweisung liegende Anerkennung der Schuld so lange ausgeschlossen, als der Verkäufer diese seine Erklärung nicht zurücknimmt. Einreden dagegen, welche erst nach der Schuldüberweisung entstanden sind (z. B. der inzwischen erfolgten Tilgung der Schuld des Verkäufers an den Dritten), würde der Käufer dem Dritten entgegensetzen dürfen. Allerdings thäte er dies nur im Interesse des Verkäufers. Denn diesem würde in einem solchem Falle der Betrag der übernommenen Schuld als Teil seiner Kaufgeldforderung wieder zuwachsen. Aber man wird annehmen dürfen, daß der Käufer dem Willen des Verkäufers entspricht, wenn er durch Geltendmachung solcher Einreden die nunmehr dem Käufer wieder zustehende Forderung diesem erhält.

Hat dagegen der Verkäufer dem Käufer die Schuld nicht als eine feststehende überwiesen, so darf dieser Einreden jeder Art auch aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis dem klagenden Dritten entgegensetzen*). Ein Fall dieser Art liegt namentlich dann vor, wenn der Käufer „alle Schulden" (Passiva) des Verkäufers übernommen. Denn dies bedeutet eine Übernahme der Schulden nur insoweit, als sie wirklich bestehen. — Ob in einem solchem Falle, wenn eine übernommene Schuld vom Käufer mit Erfolg bestritten wird, der Betrag dem Verkäufer als Teil des zu zahlenden Kaufpreises wieder zuwächst, oder ob er dem Käufer verbleibt, hängt von der Art und Weise ab, wie die Schuldübernahme erfolgt ist. In der Regel wird in Fällen dieser Art der Käufer die Schuld auf seine Gefahr übernommen haben, wo dann der Gewinn des Obsieges ihm verbleibt.

Als man in Preußen zu einer neuen Ordnung des Hypothekenwesens schritt, unternahm man, in Hinblick auf das Unbefriedigende der bisherigen preuß. Gesetzgebung, auch die Schuldübernahme bei Übertragung hypothekarisch belasteter Grundstücke neu zu ordnen. Es geschah dies durch § 41 des Gesetzes v. 5. Mai 1872. In den Motiven des Gesetzes, so wie dasselbe dem Landtage von 1869 vorgelegt war**), wurde auf die gemeinrechtliche Lehre von dem Vertrage zu Gunsten Dritter Bezug genommen, welche zu einer Umgestaltung dränge. Die Cession des Anspruchs des Verkäufers, auf welche die Deklaration von 1835 hinweise, sei ein künstlicher

*) Man kann diesen Gegensatz auch so ausdrücken: es kommt darauf an, ob der Verkäufer den Käufer zur Zahlung der Schuld angewiesen hat, weil er sie schuldet, oder wenn er sie schuldet.

**) Anlagen zu den Sten. Ber. d. Abg.-Hauses, Aktenstück 23 S. 212 ff.

Umweg; man müsse sie fallen lassen, und auch ohne Cession dem Gläubiger die persönliche Klage gegen den Schuldübernehmer gewähren. Zugleich müsse aber auch dem bisherigen Schuldner ein Mittel gegeben werden, bei erfolgter Schuldübernahme sich von der persönlichen Verbindlichkeit frei zu machen; was sich rechtfertige, sobald sich ergebe, daß der Gläubiger den Schuldübernehmer als persönlichen Schuldner an Stelle des ursprünglichen annehme.

Hiernach enthielt der Entwurf (§ 41) folgende Bestimmung:

„Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen und sich dabei zur Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Schuld verpflichtet, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Übernahmevertrage nicht beigetreten ist, und ohne daß es einer Abtretung des Befreiungsanspruchs vom Veräußerer an ihn bedarf."

„Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigentümer des Grundstücks gekündigt hat. Ist das Kündigungsrecht noch für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen, so verlängert sich die Frist um diese Zeit."

Bei den Verhandlungen in der Kommission des Abg.-Hauses wurde beantragt, die Sätze:

und sich dabei zur Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Schuld verpflichtet;

desgleichen:

auch wenn er dem Übernahmevertrag nicht beigetreten ist,

wegzulassen. Eine Verpflichtung der ersten Art neben der Schuldübernahme zu fordern sei ein unnötiger Formalismus. Die Erwähnung des „Beitritts" aber operiere mit einem unklaren Begriffe*). Der Regierungskommissar (Förster) erkannte zwar an, daß die vorgeschlagene Fassung dem Standpunkt des gemeinen Rechts mehr entspreche, bekämpfte sie aber vom Standpunkt des preuß. Rechts. „Die Klage, welche dem Gläubiger durch die Abrede erworben werde, sei die Klage aus dem Kaufvertrage, die sich mit der Klage aus dem der Hypothek unterliegenden Schuldenverhältnis decke." — Jene Anträge wurden abgelehnt und der Paragraph nach der Regierungsvorlage (jedoch mit Einschiebung einer sechsmonatlichen Frist für die Einklagung im 2. Absatz) angenommen**). Als

*) Der Antrag war von mir selbst gestellt; freilich ohne genügende Kenntnis davon, daß der entworfene Paragraph dem bestehenden altpreußischen Rechte gewissermaßen auf den Leib zugeschnitten war.

**) Aktenstück 212 S. 952.

aber im folgenden Jahre das (nicht zu Stande gekommene) Gesetz von neuem vorgelegt wurde, war nun regierungsseitig der Paragraph dahin geändert, daß die Worte:

und sich dabei zur Befreiung ꝛc. verpflichtet,

sowie die Worte:

und ohne daß es eine Abtretung des Befreiungsanspruchs vom Veräußerer an ihn bedarf,

weggelassen waren. Die Motivierung des Paragraphen war mit der früheren übereinstimmend. In dieser Fassung gelangte der Paragraph zur Annahme und wurde Gesetz.

Betrachten wir nun dieses Gesetz, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß der erste Satz ganz und gar die gemeinrechtliche Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter sich aneignen will. Der Dritte soll aus der Schuldübernahme die persönliche Klage haben, ohne an die Fesseln des „Beitritts" oder einer ihm erteilten Cession gebunden zu sein. Auch darüber, daß diese Klage ganz im Sinne der gemeinrechtlichen Lehre konstruiert sein soll, lassen namentlich die angeführten Worte des Reg.-Kommissars keinen Zweifel. Neu war nur die Bestimmung, daß, wenn auf die Kundgebung von der Schuldübernahme durch den Verkäufer der Gläubiger nicht binnen bestimmter Frist die Hypothek einklage, ersterer von der persönlichen Schuld frei werde; und es fragt sich, wie diese Bestimmung auf das ganze Verhältnis wirke. Der Gedanke ist offenbar der, daß der Verkäufer mittels der Benachrichtigung von der Schuldübernahme dem Gläubiger anbiete, den Eintritt des neuen Erwerbers in die persönliche Verpflichtung als einen Ersatz für seine eigene Verpflichtung anzunehmen, und daß das Gesetz eine Annahme dieses Anerbietens darin findet, daß der Gläubiger eine bestimmte Zeit vergehen läßt, ohne die Hypothek einzuklagen. Darnach wird man aber auch jenes Angebot stillschweigend als auf eine Rechtsübertragung gerichtet ansehen müssen, welche dem Gläubiger, sobald er durch sein Stillsitzen auf die persönliche Klage gegen den bisherigen Schuldner verzichtet, also die ihm zugewiesene Klage wider den Schuldübernehmer als Ersatz annimmt, das Recht auf diese Klage auch als ein *bleibendes* sichert. Mit andern Worten: die Ankündigung der Schuldübernahme durch den Verkäufer in Verbindung mit dem Zeitablauf hat die Wirkung einer *Cession* des Anspruchs des Verkäufers aus dem Schuldübernahmevertrag. Das Recht des Dritten wird dadurch unwiderruflich.

In gleicher Weise kann man es aber — schon nach allgemeinen Grundsätzen — als einen auf Sicherung des Rechtes des Gläubigers gerichteten Akt ansehen, wenn der Schuldübernehmer den Gläubiger davon benachrichtigt, daß er die Schuld übernommen

habe. Ein solcher Akt läuft auf ein stillschweigend geleistetes Zahlungsversprechen hinaus, welches den Schuldübernehmer hindert, seinerseits die Übernahme wieder rückgängig zu machen. Auch hierdurch wird das Recht des Gläubigers, soweit es von der Person des Schuldübernehmers abhängt, ein unwiderrufliches, wenn auch dadurch eine Freigebung des ursprünglichen Verkäufers von der Schuld nicht erreicht wird*).

Betrachten wir nach dieser Ausführung die oben zusammengestellten Urteile des RG., so sind die Rechtsfälle 3 und 4 nach der gemeinrechtlichen Lehre durchaus richtig entschieden. Die Darlegung in dem Urteile 3, wie der Nehmer einer Lebensversicherung bis zu seinem Tode vollständig Herr über diese bleibe, wie er dieselbe aufgeben und wechseln könne, dann aber mit seinem Tode dem in der Police Benannten ein unwiderrufliches Recht auf die Versicherungssumme erwachse, ist vollkommen sachentsprechend**). Allerdings hatte bereits das OTr. — einem Erkenntnis gegenüber, welches die Klage des Dritten auf die Versicherungssumme wegen mangelnden „Beitritts“ abgewiesen — ein solches Klagerecht aus Tl. II Tit. 8 § 1968, 2089, 2293—2296 abgeleitet***). Die vorliegende Entscheidung wiederholt diese Argumentation nicht, sondern sucht mehr aus allgemeinen Gründen zu demselben Ergebnis zu gelangen. — Auch auf dem Gebiete des Gutsansatzvertrags hatte bereits ein Plenarbeschluß des OTr. im Jahre 1846 die Bahn gebrochen, um den Kindern auch ohne ihren „Beitritt“ eine Klage auf ihre Abfindung zu gewähren†). Das Urteil 4 ist auf diesem Wege gefolgt. Beide obige Entscheidungen sind in ihrem praktischen Ergebnis höchst erfreulich. Aber darüber kann man doch wohl kaum zweifeln, daß sie ihr Ziel nur erreicht haben dadurch, daß sie die Lehre des preuß. LR. hintansetzten. Warum aber thaten sie das? Weil die Anforderungen des Lebens so stark herantraten, daß man denselben nicht Widerstand zu leisten vermochte. Eine höchst lehrreiche Erscheinung!

Eine fast gegensätzliche Erscheinung bieten die Urteile unter 1 und 2 dar. Der § 41 des Ges. v. 5. Mai 1872 hatte mit den engherzigen Vorschriften des allg. LR. gebrochen und der

*) Entsch. d. ROHG. Bd. 8 Nr. 93.

**) Es ist freilich nicht unbestritten, ob dann, wenn der Nachlaß des Verstorbenen überschuldet ist, das Recht auf Bezug der Versicherungssumme dem in der Police benannten Dritten oder der Nachlaßmasse zustehe. Für ersteres dürfte zu entscheiden sein. Vgl. Seufferts Arch. Bd. 24 Nr. 155, Bd. 26 Nr. 176, 177, 178, Bd. 35 Nr. 165; ferner Scherer in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 149 ff.

***) Entsch. d. OTr. Bd. 51 S. 47. Seufferts Arch. Bd. 23 Nr. 221.

†) Justizminist.-Bl. 4. Dez. 1846. Seufferts Arch. Bd. 1. Nr. 78.

gemeinrechtlichen Lehre die Bahn eröffnet. Die Urteiler waren aber dieser Lehre so sehr entfremdet, daß sie sich nicht hineinfanden.

Weil der § 41 auch ohne „Beitritt" die persönliche Klage gegen den Schuldübernehmer gestattet, glaubte man bei der Entscheidung 1, das Recht des Dritten sei ebenso zu beurteilen, als ob es auf einem wirklichen „Beitritt", d. h. auf einem mit den Hauptkontrahenten abgeschlossenen Vertrage beruhe; es sei also von vorn herein dem Dritten unwiderruflich erworben. So gelangte man dahin, den Schuldübernehmer auf die Klage des Dritten zur Zahlung zu verurteilen, obgleich die Hauptkontrahenten den Schuldübernahmevertrag unter sich bereits rückgängig gemacht hatten. (Davon, daß etwa das Verhältnis in Gemäßheit des § 41 Abs. 2 eine Befestigung erfahren hätte, erhellt aus dem Thatbestand nichts.) Daß diese Entscheidung aber nicht der gemeinrechtlichen Lehre entspricht, ist unzweifelhaft; und es kann ein solcher Sinn auch nicht in den § 41, welcher der gemeinrechtlichen Lehre sich anschließen wollte, hineingetragen werden.

In der Entscheidung 2 zeigt schon die Stellung der im Eingang als entscheidend bezeichneten Frage und nicht minder die ganze Erörterung dieser Frage aus dem Inhalt des Gesetzes, wie man der gemeinrechtlichen Lehre, auf die man doch am Schluß mit einer gewissen Emphase hinweist, fremd geworden. Für den gemeinrechtlich gebildeten Juristen kann es gar nicht zweifelhaft sein, daß der klagberechtigte Dritte in erster Linie die Klage (utiliter) geltend macht, die der Verkäufer aus dem Vertrage erworben hat. Dies hat auch der Regierungskommissar bei den Verhandlungen über den § 41 klar ausgesprochen (s. oben S. 88). In dieser Klage kommt freilich auch der eigene Anspruch des Dritten wider den Verkäufer zur Geltung*). In dem unter 2 mitgeteilten Rechtsfall darf man aber annehmen, daß dem Käufer die Hypothekenschuld als eine feststehende überwiesen war; und deshalb war er auch nicht befugt, Einreden aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis dem Dritten entgegenzusetzen. Die für die gegenteilige Ansicht als analog aufgeführten Fälle passen nicht hierher. Es sind das durchweg Fälle, die darauf hinauslaufen, daß jemand „alle Schulden" eines Andern übernommen hat; eine Form der Schuldübernahme, welche die Bedingung der Existenz jeder einzelnen in Frage kommenden Schuld in sich selbst trägt. Wenn endlich sich

*) Das Verhältnis ist ähnlich dem Falle, wo ein Gläubiger eine ihm von seinem Schuldner verpfändete Forderung wider den Drittschuldner einklagt. Auch hier kommt in erster Linie die Forderung des Schuldners wider den Drittschuldner zur Geltung; zugleich aber auch die des Gläubigers wider den Schuldner. — In allen Fällen dieser Art werden durch die Zahlung des Beklagten an den Kläger gleichzeitig zwei Obligationen getilgt (l. 44 D. de solut. 46, 3).

das Urteil auch darauf beruft, daß die Kaufgeldforderung auf den Gläubiger nicht übergehen könne, weil dieselbe ja durch die Schuldübernahme getilgt sei, so beruht dies eben auf der unrichtigen Auffassung des Wesens der Schuldübernahme. Nach richtiger Ansicht ist diese nur eine bestimmte Form, in welcher der Käufer das Kaufgeld schuldig wird und schuldig bleibt bis zu dem Augenblick, wo er es zahlt. Es ist das Verdienst der Entscheidung 6, dies völlig richtig erkannt und klar ausgesprochen zu haben. Nicht die Schuldübernahme ist die Leistung des Käufers, sondern die Befreiung des Verkäufers von der Schuld, welche regelmäßig — insofern nicht etwa der Dritte dem Schuldübernehmer die Schuld schenkt — nur durch Zahlung bewirkt werden kann. Erfolgt diese Zahlung nicht, so fällt der Anspruch dem Schuldüberweisenden wieder zu. Dies ist die Bedeutung der Entscheidung 6.

Unserer Betrachtung der auf gemeinrechtlichen Boden sich bewegenden Entscheidung 5 müssen wir Folgendes vorausschicken.

Schon seit langen Jahren hatte das OAG. zu Lübeck angenommen, daß durch die Übernahme einer Handlung mit allen Passiven kein Klagrecht der Gläubiger gegen den neuen Erwerber begründet werde, dazu vielmehr noch eine öffentliche Bekanntmachung gehöre, durch welche die Übertragung dem Publikum und allen Gläubigern bestimmt und ausdrücklich erklärt werde (vgl. Seuffert Arch. Bd. 11 Nr. 83). Es ist gewiß zu beklagen, daß der vormalige höchste Gerichtshof der größten deutschen Handelsstädte in einem so unfruchtbaren Romanismus sich bewegte und eine wichtige Lehre des gemeinen Rechts nicht dem praktischen Bedürfnis entsprechend auszubilden vermochte. Immerhin war aber diese Annahme für jene Städte nicht so schlimm, weil dort die Sitte herrscht, daß jeder Geschäftsübergang an der Börse öffentlich bekannt gemacht, dadurch also die Bedingung, von welcher das Lübecker Gericht die Haftbarkeit des Übernehmers für die Geschäftsschulden abhängig erklärte, regelmäßig erfüllt wird. Eine Anwendung desselben Satzes aber auf Orte, wo keine Börse besteht, oder gar auf Verhältnisse, bei denen niemand daran denkt, die Gläubiger von der erfolgten Schuldübernahme zu benachrichtigen (z. B. bei bäuerlichen Gutsübergaben), müßte sich für die gesunde Entwickelung des Rechtslebens höchst nachteilig erweisen. Wenn in einem Lübecker Erkenntnis von 1873*), welches von neuem die Frage prüft, aber zu keinem anderen Ergebnis gelangt, gesagt wird, für das Klagrecht der Gläubiger aus der bloßen Schuldübernahme sei ja gar kein praktisches Bedürfnis vorhanden, da „nach den jetzigen Verkehrsmitteln“ eine Offerte an die Gläu-

*) Seuffert Arch. Bd. 32 Nr. 219.

biger selbst keinen besonderen Schwierigkeiten unterliege, so bezeichnet dies so recht den ungesunden Standpunkt einer Jurisprudenz, welche vermeint, nach den von ihr ausgedachten Ansichten müßten sich die Regeln des Verkehrs im Leben richten. Wie dringend das Bedürfnis eines aus der Schuldübernahme unmittelbar hervorgehenden Klagrechts empfunden wird, das beweisen die zahlreichen sich vor den Gerichten abspielenden Fälle, so wenig glücklich auch zufolge der falschen juristischen Theorien mitunter ihr Verlauf gewesen ist.

Leider hatte nun auch das ROHG. jene Lehre von Lübeck angenommen und in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochen*). Freilich begegnen wir darunter wieder einer Entscheidung**) (1876), welche besagt, man habe ja damit nicht die Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter ausschließen wollen. Darum handele es sich gar nicht bei jenen Entscheidungen. Ein Vertrag zu Gunsten Dritter wird dann aber darin gefunden, daß der das Handelsgeschäft Übertragende die „Absicht" gehabt habe, nicht nur für sich, sondern auch für seinen Gläubiger Rechte zu erwerben. Wenn dann der Gläubiger dem Vertrage zutrete, so erwerbe er daraus Rechte. Die Frage, ob jene Absicht vorhanden gewesen, wird dann als eine Frage thatsächlicher Feststellung angesehen, und so die Haftbarkeit des Schuldübernehmers im gegebenen Falle bejaht. — Aber hätte man denn nicht nach dieser Entscheidung auch in allen früheren Fällen sich fragen müssen, ob nicht schon in der Übernahme der Passiva ein „Vertrag zu Gunsten Dritter" liege? Oder sah man etwa diesen Fällen sofort an, daß die Kontrahenten **nicht** die „Absicht" gehabt, dem Gläubiger Rechte zu erwerben? Natürlich ist eine solche Absicht stets ein unerfindliches Ding. Man fahndet nach einem Phantome. Wenn man sie aber in dem einen Vertrage findet, so ist sie nicht minder in allen vorhanden.

Die Entscheidung unter 5 hat nun das große Verdienst, mit dieser Praxis des ROHG. gebrochen zu haben; und wir wollen wünschen, daß auch die übrigen Senate ihr folgen mögen. Aber den Weg dahin hat man sich selbst schwierig genug gemacht. Erst wird wiederum die Theorie entwickelt, daß bei Übertragung eines Geschäfts mit allen Passiven die Kontrahenten die „Absicht" haben müßten, den Gläubigern, auch den unbekannten, Rechte zu erwerben, wo dann diese durch „Beitritt" klagberechtigt werden. Die

*) Entsch. d. ROHG. Bd. 3 Nr. 38, 75, Bd. 4 Nr. 2, Bd. 12 Nr. 55, Bd. 15 Nr. 28, Bd. 16 Nr. 66. — Verschieden von der hier besprochenen Frage ist die andere, ob durch die Übernahme eines Geschäfts mit der bisherigen **Firma** eine Haftbarkeit für die Geschäftsschulden begründet werde. Auch diese Frage hat das ROHG. verneint (Bd. 2 Nr. 8, Bd. 3 Nr. 70 Bd. 4 Nr. 41).

) Entsch. des ROHG. Bd. 21 Nr. 73; **Seuffert Arch. Bd. 33 Nr. 141.

bloße Übertragung der Passiva genüge dazu nicht. Es wird dann weiter gesagt, daß das HGB. über die Frage nichts enthalte, daß auch die Rechtsprechung des ROHG. dagegen sei. Dann aber wird in überraschender Wendung gesagt, daß gleichwohl der Geschäftsübernehmer dem Kläger zu haften habe. Es wird auf Handelssitte, praktisches Bedürfnis, Treu und Glauben im Handelsverkehr Bezug genommen — alles sehr schön und richtig. Aber wäre es denn nicht viel einfacher gewesen, man hätte sich zu einer Theorie bekannt, die dieses Ergebnis schon in sich getragen hätte, statt eine solche vorauszuschicken, die das Gegenteil erwarten ließ? Oder sind etwa wirklich die besonders hervorgehobenen Dinge — daß der neue Inhaber in allen geschäftlichen Beziehungen des Geschäfts eingetreten nnd dasselbe unter der früheren Firma fortgeführt — für die Entscheidung durchschlagend gewesen? Wie, wenn er nun einen Teil der Beziehungen des Geschäfts gelöst hätte? Oder wenn er nach dessen Übernahme eine andere Firma angenommen hätte? Würde er dann weniger haftbar sein? Nein! täuschen wir uns doch nicht! Die Übernahme der Passiva, und diese nur allein ist es, was den Verklagten haftbar erscheinen ließ. Und wenn man schließlich dahin gelangte, diese Haftbarkeit anzunehmen, so war es wiederum nur die gesunde Triebkraft des Lebens, die dazu drängte.

Und so wie in den hier betrachteten Fällen wird es immer gehen, so lange man sich nicht entschließt, statt der ideologischen neuern Theorien, die Lehre, wie sie in richtiger Erkenntnis des röm. Rechts die älteren Praktiker aufgestellt und ausgebildet haben, anzunehmen. Entweder wird man ungesunde Entscheidungen geben, oder man wird bei gesunden Entscheidungen mit der eigenen Theorie in Widerspruch geraten. Beides beklagenswert*)!

Wir wollen noch eines Verhältnisses gedenken, welches hier einschlägt, glücklicherweise aber den Schwankungen der Theorie durch gesetzliche Regelung entrückt ist. Nach Art. 405 und 402 HGB. steht nach Ankunft des Frachtführers dem Adressaten wider denselben eine Klage auf Ablieferung des Gutes zu, insofern nicht der Absender inzwischen anderweite Anweisung gegeben hat. Wie kommt nun der Adressat zu einer Klage gegen den Frachtführer? Er steht doch mit demselben in durchaus keinem Vertragsverhältnisse! Und was für eine Klage mag es sein, die das Gesetz ihm gewährt? Die Antwort ist sehr einfach. Es ist die aus dem

*) Doppelt wünschenswert würde es sein, daß man über die „Schuldübernahme" zu klarer Anschauung gelange, wenn die jetzt in Preußen geplante Umgestaltung der Zwangsversteigerung eintreten sollte, wonach ältere, nicht ausgeklagte Hypotheken auf den Ersteher im Wege der Schuldübernahme übergehen. Dadurch würde diesem Institut eine neue bedeutungsvolle Rolle zugewiesen sein.

Frachtvertrage erworbene Klage des Absenders, welche der Adressat (utiliter) geltend machen darf*). Es ist die Klage aus dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Das Gesetz weiß aber nichts davon, daß man zu untersuchen habe, ob die Kontrahenten (Absender und Frachtführer) die „Absicht“ gehabt, dem Adressaten Rechte zu erwerben. Es weiß auch nichts davon, daß der Adressat dem Vertrag „beitreten“ oder ihn „acceptieren“ könne. Dagegen bestimmt es, daß das Frachtgut der Verfügung des Absenders unterliege bis zu dem Augenblick, wo der Adressat Klage erhoben oder vom Frachtführer den Frachtbrief übergeben erhalten, also mit diesem in ein selbständiges Verhältnis sich versetzt habe. Selbst in einem Falle der letzten Art fällt die Verfügung dem Absender wieder zu, sobald der Adressat von seinen Rechten keinen Gebrauch macht**). Vor jenem Zeitpunkte aber mag der Adressat noch so sehr erklären, „er trete dem Frachtvertrage bei“, er erhält doch kein unwiderrufliches Recht auf die Ware. In diesen Bestimmungen liegt eine völlig regelrechte Entwickelung der Lehre, die man wohl beachten sollte. Man wird vielleicht sagen, hier habe das Gesetz positiv die Sache geordnet. Jawohl. Aber in dem Gesetz lebt nichts anderes, als die Triebkraft der gemeinrechtlichen Lehre, welche die Verfasser des Gesetzes richtig erfaßt haben.

Es sei gestattet, noch auf einen Rechtsfall hinzuweisen, an den man bisher wohl kaum bei dieser Lehre gedacht hat. Durch Art. V des Prager Friedens wurden die Rechte Österreichs auf Schleswig-Holstein an Preußen mit der Maßgabe übertragen, daß die Bevölkerung der nördlichen Distrikte von Schleswig, wenn sie durch freie Abstimmung den Wunsch zu erkennen gebe, mit Dänemark vereinigt zu werden, an Dänemark abgetreten werden solle. Das war ein vollkommener — völkerrechtlicher — Vertrag zu Gunsten Dritter, als welche sowohl die Bevölkerung Nordschleswigs, als auch die dänische Regierung anzusehen waren. Seitdem hat jene Bevölkerung ununterbrochen Abgeordnete in Reichstag und Landtag entsendet, welche bei jeder Gelegenheit deren Anspruch auf Abtretung geltend gemacht. Auch die dänische Regierung hat ohne Zweifel bei den mit Preußen gepflogenen Verhandlungen ihre Ab-

*) Mit der Erörterung der Frage, ob der Adressat „ein eigenes Recht“ oder nur das „Recht eines Bevollmächtigten“ habe (Entsch. d. ROHG. Bd. 4 Nr. 74), kommt man nicht weiter. Beides ist in gewissem Sinne richtig. Daß der Empfänger auch Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Lieferung ꝛc. geltend machen darf, liegt in der Natur des Verhältnisses. Auch diese sind für ihn durch den Frachtvertrag von dem Absender erworben. Von letzterem gilt: ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones (l. 36 D. de fidej. 46, 1).

**) Entsch. d. ROHG. Bd. 6 Nr. 63, Bd. 22 Nr. 77.

sicht zu erkennen gegeben, von den ihr durch Art. V zugewiesenen Rechten Gebrauch zu machen. Beide sind hiernach ohne Zweifel dem Vertrage „beigetreten“, haben ihn „acceptiert“. Nun hat aber Preußen vor wenigen Jahren durch einen neuen Vertrag mit Österreich den Art. V des Prager Friedens wieder beseitigt. Hätten nun jene Dritten durch ihren Beitritt ein unwiderrufliches Recht auf Abtretung erworben, so würde diese Beseitigung für sie ohne Wirkung gewesen sein. Sie könnten nach wie vor die Abtretung fordern. Sie haben aber wohlweislich seitdem geschwiegen. Auch an diesen weltgeschichtlichen Ereignissen können diejenigen ihre Lehre abspiegeln, welche vermeinen, durch seinen „Beitritt“ erwerbe der Dritte ein unwiderrufliches Recht auf die Leistung.

Schließlich sei hier noch eine Übersicht der Entscheidungen der deutschen höchsten Gerichtshöfe in dieser Lehre beigefügt, wie sie sich aus Seufferts Archiv entnehmen läßt.

Richtige Entscheidungen, wenn auch zum Teil mit nicht ganz richtiger Begründung haben gegeben: Berlin (OTr.) Bd. 1 Nr. 78, Bd. 3 Nr. 90; Kassel Bd. 3 Nr. 31, Bd. 20 Nr. 27 II; Jena Bd. 2 Nr. 213, Bd. 8 Nr. 30, Bd. 21 Nr. 38; Dresden Bd. 3 Nr. 74, Bd. 6 Nr. 21, Bd. 16 Nr. 38; Darmstadt Bd. 8 Nr. 29, 64, Bd. 10 Nr. 152; Wolfenbüttel Bd. 11 Nr. 133, Bd. 12 Nr. 284, Bd. 16 Nr. 182; Stuttgart Bd. 7 Nr. 273, Bd. 15 Nr. 214; Kiel Bd. 9 Nr. 18; Rostock Bd. 19 Nr. 33, Bd. 33 Nr. 12; Wiesbaden Bd. 21 Nr. 37 I; HAG. zu Nürnberg Bd. 21 Nr. 39.

Den unrichtigen Standpunkt vertreten vor allen Lübeck in den bereits oben angeführten Erkenntnissen, und Celle Bd. 18 Nr. 128, Bd. 19 Nr. 135, Bd. 21 Nr. 40, Bd. 32 Nr. 260, Bd. 20 Nr. 27 I. Vereinzelte unrichtige Entscheidungen haben gegeben Jena Bd. 7 Nr. 22; Dresden Bd. 3 Nr. 312; München Bd. 21 Nr. 41; OAG. in Berlin Bd. 27 Nr. 17; Wiesbaden Bd. 21 Nr. 37 II.

Vereinzelte richtige Entscheidungen von Celle liegen vor Bd. 28 Nr. 22; Bd. 34 Nr. 192.

Erbverträge zu Gunsten Dritter erkennen auch die OAG. zu Celle und Lübeck an: Bd. 5 Nr. 299, Bd. 32 Nr. 254, Bd. 7 Nr. 68.

In Anwendung auf Staatsverträge sind ergangen die Entscheidungen von Kassel Bd. 3 Nr. 34; Wiesbaden Bd. 10 Nr. 33.

Wir wollen nun noch die beiden Rechtsfälle 5 und 6 in ihren sonstigen Beziehungen kurz besprechen.

In dem Rechtsfall 5 sind die eigentlich zweifelhaften Fragen in den Entscheidungsgründen kaum zur Erörterung gekommen, wohl nur deshalb, weil die Parteien sie nicht gebracht haben.

Die zweifelhafteste Frage dürfte die sein: war die im Eingange des Rechtsfalles erzählte Erklärung: „Seien Sie unbesorgt, Sie werden von unserer Fabrik lebenslänglich versorgt," geeignet, eine rechtliche Verpflichtung zu begründen? Die über die rechtserzeugende Kraft des erklärten Willens aufgestellten Sätze sind ja ohne Zweifel richtig. Aber es kommt vor allem darauf an, ob hier eine Willenserklärung vorliegt, welche die Absicht erkennen läßt, ein verpflichtendes Rechtsgeschäft einzugehen. Es ist ein Irrtum, zu glauben, jede Erklärung, daß man etwas thun wolle, enthalte die Proposition zu einem Vertragsabschluß. Man erklärt sehr häufig im Leben, daß man etwas thun wolle, ohne daß man damit beabsichtigt, sich irgend eine rechtliche Verbindlichkeit aufzulegen. Will man letzteres, so thut man es meistens in ganz anderen Formen. Namentlich pflegt der Kaufmannsstand in der Wahl seiner Formen für Rechtsgeschäfte sehr präzis zu sein. Hätte der Kläger, als ihm von seinem Dienstherrn jene tröstenden Worte zugesprochen wurden, gesagt: „Bitte, geben Sie mir doch das schriftlich," so würde wahrscheinlich jener erwidert haben: „So ist es gar nicht gemeint gewesen." Nun wird allerdings in dem mitgeteilten Thatbestande gesagt, Kläger habe jenes Versprechen a n g e n o m m e n. Auf welche thatsächliche Grundlage dies sich gründet, erhellt nicht. Denken wir, Kläger hätte auf jene Erklärung sofort erwidert: „Das nehme ich hiermit an," und der Andere hätte darauf geschwiegen, dann würde man allerdings wohl sagen können, durch die Annahmeerklärung und das Stillschweigen des anderen Teils sei das Ganze zu einem wirklichen Rechtsgeschäft gediehen. Menschlich gedacht ist es aber nicht sehr wahrscheinlich, daß der Kläger eine solche Antwort auf jene Erklärung gegeben habe. Man gibt eben eine solche Antwort nicht, weil man im praktischen Leben durchfühlt, daß mit einer solchen Rede ein Rechtsgeschäft gar nicht beabsichtigt sei. Wahrscheinlich beruht daher auch jene Annahmeerklärung auf einer processualischen Fiktion. Da wir jedoch uns bescheiden müssen, in die Sachlage nicht tiefer eindringen zu können, so möge es bei dem hier ausgedrückten Zweifel bewenden. Jedermann aber möge sich aus diesem Rechtsfall die Lehre nehmen, daß man sehr vorsichtig in seinen Äußerungen zu Werke gehen soll, wenn man Hilfsbedürftigen irgend welche Beihilfe in Aussicht stellt.

Ein weiterer Zweifel liegt in Folgendem. Wer ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, haftet nach dem Wortlaut dieses Vertrages ohne Zweifel für a l l e auf dem Geschäft haftenden Schulden. Gleichwohl pflegen solche Übernahmen nicht etwa blindlings, unbekümmert um den Betrag der vorhandenen Schulden, eingegangen zu werden, sondern es wird eine

mehr oder minder genaue Untersuchung über den Betrag derselben angestellt. Hierzu dienen vor allem die Geschäftsbücher, welche bei richtiger Führung die große Mehrzahl der Geschäftsschulden vollständig ergeben müssen. Gesetzt nun, es wäre eine Übernahme „aller Passiven“ auf dieser Grundlage zu stande gekommen, es fänden sich aber später erhebliche Schuldposten, welche ihrer Natur nach aus den Büchern sich hätten ergeben müssen, aber in diese nicht eingetragen gewesen wären, so würde, wenn deren Zahlung dem Geschäftsübernehmer angemutet würde, hier die Regel der l. 36 D. de V. O. 45, 1 eintreten, welche also lautet:

Si quis, quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet; quum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit*).

Die hiernach gegen die formell begründete Verpflichtung gegebene Einrede der Arglist würde zunächst in dem Verhältnis zwischen den Kontrahenten wirksam sein. Sie würde aber (nach den oben entwickelten Grundsätzen) nicht minder auch dem Dritten (Gläubiger) entgegengesetzt werden können, welcher aus einer solchen Schuldübernahme Klage erhöbe.

Nun werden freilich nicht alle Geschäftsschulden in die Bücher eingetragen. Forderungen an Löhnen, für Arbeiten von Handwerkern und ähnliche Ausgaben pflegen erst gebucht zu werden, wenn für sie Zahlung geleistet wird. Forderungen dieser Art muß also der Geschäftsübernehmer, welcher das Geschäft „mit allen Passiven“ übernommen hat, sich gefallen lassen, auch wenn er darüber aus den Büchern keine Kunde erlangt hat. Ob aber eine Forderung so außergewöhnlicher Art, wie die hier fragliche, welche das Geschäft mit einer erheblichen Last von unabsehbarer Dauer belastet, zu denjenigen gehöre, welche der Geschäftsübernehmer als vorhanden habe unterstellen müssen, oder ob er nicht sagen könne, daß die Verpflichtung zur Zahlung dieser Schuld nicht im wirklichen Sinn seiner Übernahme gelegen habe, das ist eine Frage, die jedenfalls wohl der Erörterung wert gewesen wäre. Selbstverständlich ist der hier hervorgehobene Zweifel ein ganz anderer, als etwa der in der Frage gelegene, „ob der Schuldübernehmer die Absicht gehabt habe, sich dem Dritten zu verpflichten“. Hier handelt es sich in der ersten Linie darum, ob der Schuldübernehmer seinem Mitkontrahenten gegenüber

---

*) Eine weitere Anwendung dieser Stelle ergibt die Besprechung XI.

zur Bezahlung dieser Schuld wirklich sich habe verpflichten wollen, und nur aus der etwaigen Verneinung dieser Frage würde eine Nichtverpflichtung auch dem Dritten gegenüber sich ableiten lassen. Aber auch hier will ich nur auf den Zweifel hinweisen, ohne ein bestimmtes Urteil auszusprechen, da genügende Verhandlungen nicht vorliegen.

Die Entscheidung unter 6 ist eine in jeder Beziehung wertvolle. Ihre Bedeutung für die Lehre von der Schuldübernahme ist schon oben (S. 92) besprochen. Aber auch die Erörterung über die Unzulässigkeit der Geltendmachung eines einseitigen Anspruchs aus einem noch unerfüllten zweiseitigen Rechtsgeschäft im Konkurs ist durchaus zutreffend, nicht allein nach § 16 der preuß. Konk.-Ordn., sondern auch nach gemeinrechtlichen Grundsätzen (vgl. § 20 der deutschen Konk.-Ordn.).

Bemerkenswert ist auch, daß das RG. durch die zunächst nur in Beziehung auf die Aufrechnungseinrede erhobene und gegründet befundene Beschwerde sich befugt erachtete, auch auf eine Prüfung der Klagbegründung zurückzugreifen.

Nachtrag. In dem soeben erschienenen 7. Bande der Entsch. d. RG. sind noch einige in diese Lehre einschlagende Erkenntnisse mitgeteilt, die eine kurze Besprechung hier finden mögen.

7. In einem Falle, in welchem der Käufer eines Gutes in Holstein eine auf demselben haftende Kapitalschuld auf den Kaufpreis übernommen hatte und deshalb von dem Gläubiger auf die Zinsen belangt wurde, sprach das RG. (Hilfs-Sen. 1) in Bestätigung des den Beklagten verurteilenden Erkenntnisses aus:

Fraglich kann nur sein, ob der Beklagte und sein Verkäufer beabsichtigt haben, zugleich zum Vorteile des Gläubigers zu handeln und demselben in der Person des Beklagten einen neuen Schuldner zu gewähren oder doch zu offerieren. (Dies wird dann aus den beiderseitigen Interessen gefolgert.) Wenn hiernach eine dementsprechende Absicht der Kontrahenten unterstellt werden muß, so ist es für die rechtliche Konstruktion gleichgültig, ob das Abkommen als ein Vertrag mit unmittelbarer Zuwendung eines Vorteils an einen Dritten, oder vielmehr als eine Kollektivofferte der Kontrahenten an den Gläubiger aufgefaßt wird, da in der angestellten Klage sowohl eine Aneignung des ausbedungenen Vorteils, als eine Acceptation der bis dahin nicht zurückgezogenen Kollektivofferte zu finden ist.

Urt. v. 10. Febr. 1882. Entsch. d. RG. Bd. 7 Nr. 41.

8. Ein Grundstück wurde von A. an B., von B. an C., von C. an D. verkauft. Jedesmal wurde eine auf dem Grundstück haftende Hypothek auf den Kaufpreis übernommen. B. und C. hatten bei ihren Veräußerungen den Gläubiger in Gemäßheit des § 41 des Ges. v. 5. Mai

1872 benachrichtigt. Derselbe hatte die Frist verstreichen lassen. Beim Zwangsverkauf des Grundstücks fiel die Hypothek aus. Hierauf klagte zunächst der Gläubiger gegen A., welcher die Benachrichtigung unterlassen hatte, mittels der persönlichen Klage auf Deckung des Ausfalls. A. wurde verurteilt und zahlte. Nun klagte A. gegen B. auf Erstattung des gezahlten Betrags. In allen Instanzen erfolgte Verurteilung, beim RG. (Sen. 4) aus folgenden Gründen:

Kläger verfolgt nicht etwa einen Regreßanspruch wegen erlittenen Schadens. Die Klage ist vielmehr die Vertragsklage des Verkäufers gegen den Käufer. Aus der Schuldübernahme entstand für den Käufer die persönliche Verpflichtung, die Schuld zu bezahlen oder sonst den Kläger zu befreien. Hat der Käufer dieser Verpflichtung nicht genügt und hat deshalb der Verkäufer bezahlen müssen, so darf der letztere auf Zahlung des Kaufpreises klagen. Der Einwand des Beklagten, daß Kläger durch sein Unterlassen der Benachrichtigung ein Versehen begangen habe, welches ihn seines Anspruchs verlustig mache, ist nicht anzuerkennen. Der § 41 regelt nur die Rechte und Pflichten der Gläubiger gegenüber dem Veräußerer und Erwerber des Grundstücks, und läßt die vertraglichen Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer unberührt. War auch der Kläger zu einer Benachrichtigung in Gemäßheit des § 41 berechtigt, so hatte er doch eine Verpflichtung zu solcher, insbesondere dem Beklagten gegenüber, nicht.

Urt. v. 11. Mai 1882. Entsch. d. RG. Bd. 7 Nr. 72.

9. A. besaß ein Grundstück, auf welches er eine Darlehnshypothek von 30000 *M.* zu Gunsten seiner Ehefrau hatte eintragen lassen. Am 27. April 1867 erwarb kraft Tauschvertrags B. das Grundstück von A. unter Übernahme der Hypothek. An demselben Tage cedierte Frau A. ihre Hypothekforderung an den nämlichen B. Am 15. Nov. 1872 cedierte B. diese Forderung weiter an C. Demnächst verkaufte B. das Grundstück an M., M. dasselbe an N., jedesmal unter Bedingung der Übernahme der Hypothek. Beim Zwangsverkauf fiel die Hypothek aus. Nunmehr ließ C. sich von A. Cession seiner Rechte wider B. aus der Schuldübernahme geben und belangte daraus B. auf Ersatz des Ausfalls. Der Beklagte wandte ein: A. habe auf die Schuldurkunde von seiner Ehefrau keine Valuta erhalten. A. habe auch selbst den Tauschvertrag nicht erfüllt, indem er den Beklagten nicht von den Hypotheken befreit habe, die auf dem ihm zugetauschten Grundstück gehaftet. Auch sei die persönliche Klage durch Benachrichtigung des Klägers von Seiten des M. bei dem Verkauf an N. erloschen. Das AG. erklärte sämtliche Einreden für unerheblich und verurteilte den Beklagten. Das RG. (Hilfs-Sen. 1) hielt die Entscheidung für rechtsirrtümlich und sprach aus:

Es ist zwar richtig, daß die Vereinigung der Hypothek und des Pfandgrundstückes in einer Person, wie sie bei B. stattgehabt, die mit der Hypothek verbundene persönliche Verbindlichkeit nicht aufhebt. Andererseits hat die Schuldübernahme nur einen Wechsel in der Person des Schuldners zur Folge, wogegen im übrigen das der übernommenen

Schuld zu Grunde liegende Verhältnis unverändert bestehen bleibt. Es haftet daher der neue Schuldner nur nach Maßgabe der alten Obligation, und folglich stehen ihm gegen den persönlichen Gläubiger dieselben Einreden zu, wie dem ursprünglichen Schuldner. (Es wird hierfür auf die Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 142 Bezug genommen und ausgeführt, daß dies auch schon für das preußische Recht vor dem Ges. v. 5. Mai 1872 anzunehmen sei.) Dahin gehört auch die Einrede, daß die Darlehnsforderung überhaupt nicht existent geworden. Durch die Schuldübernahme ist B. dem A. gegenüber persönlich verhaftet worden, entweder ihn zu befreien oder die Schuld zu tilgen; und zur Realisirung dieser Verpflichtung war A. berechtigt, Zahlung der Schuld von B. zu verlangen. Diesen Anspruch hat A. durch die Cession dem Kläger abgetreten und ist dadurch ein direktes Schuldverhältnis zwischen den Parteien hergestellt worden. Die Einrede, daß bei der Veräußerung dem Kläger von der Schuldübernahme Nachricht gegeben sei, ist rechtlich unerheblich. (Auf Grund des Nachweises, daß Frau A. ihrem Ehemann ein Darlehn nicht gegeben habe, ist dann die Klage abgewiesen.)

Urt. v. 18. April 1881. Entsch. d. RG. Bd. 7 Nr. 64.

Das Urteil 7, in seinem praktischen Ergebnis unzweifelhaft richtig, begründet die Entscheidung mit demselben Aufwand von Begriffen, wie die Entsch. des ROHG. Bd. 21 Nr. 73 (S. 93). Wenn doch unsere Praxis nicht mit solchen obstruierenden Begriffen selbst das Leben sich erschweren wollte. Oder glaubt man wohl, daß Ulpian und Paulus, um die actio utilis des Dritten zu begründen, von einer zu acceptierenden Kollektivofferte der Kontrahenten geredet haben würden?

Das Urteil 8 kann ich in seinem Ergebnis nicht für richtig halten. Durchaus richtig sind freilich die Entscheidungsgründe. Der Zweifel dürfte aber in einer von diesen gar nicht berührten Frage liegen, nämlich in der Frage: konnte denn, nachdem B. und C. von der Befugnis des § 41 Abs. 2 mit Wirksamkeit Gebrauch gemacht, der Gläubiger noch auf A. mittels der persönlichen Klage zurückgreifen? Diese Frage glaube ich verneinen zu müssen. Das Bedenkliche der jenseitigen Ansicht ergibt sich schon aus folgender praktischen Erwägung. Nach jener Ansicht würde, wenn ein Grundstück einer Reihe von Übertragungen mit jedesmaliger Hypothekenübernahme unterläge, keiner der späteren Eigentümer mit Wirksamkeit von der Wohlthat des § 41 Gebrauch machen können, sobald nur einer der früheren Eigentümer dies unterlassen hätte. Denn alsdann würde, sobald dieser frühere Eigentümer mit der persönlichen Klage angegriffen würde und zahlen müßte, die Regreßklage desselben von einem zu dem anderen späteren Eigentümer sich fortwälzen, und diese müßten, trotzdem daß sie von dem § 41 Gebrauch gemacht, dennoch haften, zwar nicht dem Gläubiger,

aber dem vom Gläubiger belangten Regreßnehmer. Gerade deshalb, weil dies nicht die Absicht des Gesetzes sein kann, muß auch aus der von dem spätern Eigentümer bewirkten Benachrichtigung selbst dem früheren eine Einrede gegen die persönliche Klage des Gläubigers erwachsen. Hierfür bietet sich eine ganz nahestehende Analogie im röm. Recht. Wenn von zwei Korrealschuldnern, A. und B., der eine (B.) mit dem Gläubiger ein pactum de non petendo schließt, so wirkt dies an sich nicht zu Gunsten des andern (A.). Stehen jedoch beide in einem Verhältnis, wonach A., wenn er zahlen müßte, gegen B. (sei es auch nur auf die Hälfte) Regreß nehmen könnte, so kommt das von B. abgeschlossene pactum auch dem A. zu Gute, weil solches sonst mittelbar vereitelt werden würde (l. 21 § 5; l. 25 pr. D. de pact. 2, 14; l. 3 § 3 de liber. leg. 34, 3 und dazu Savigny Obl. Recht Bd. 1 S. 177). So liegt nun die Sache auch hier. Gerade deshalb, weil A., welcher solidarisch mit B. dem Gläubiger haftet, wenn er zahlen müßte, nach der völlig zutreffenden Ausführung des RG. wider B. (und zwar nicht bloß auf die Hälfte, sondern sogar auf das Ganze) Regreß nehmen könnte, muß die von B. zunächst für sich erwirkte Befreiung auch dem A. zu Gute kommen, und diesem eine Einrede daraus gestattet sein. Auch folgende Betrachtung führt zu dem nämlichen Ergebnis. A. braucht dem Gläubiger nur zu haften, wenn dieser im Stande ist, die ihm als actio utilis überwiesene Klage wider B. dem A. zurückzugewähren. Dazu ist aber der Gläubiger nicht im Stande, nachdem er diese Klage nach Maßgabe des § 41 hat verloren gehen lassen. Deshalb darf ihm A., wenn er ihn in Anspruch nimmt, die exceptio doli entgegensetzen. Ist dies richtig, so war vorliegend A. in dem Vorprozeß ungerecht verurteilt. Und deshalb konnte er auch keinen Regreß gegen B. nehmen.

In dem Urteil 9 treten die Ansichten, welche den Entscheidungen 2 und 8 zu Grunde liegen, kombiniert auf, die der ersteren sogar in einer noch bedenklicheren Form. Die Entscheidung 2 ging davon aus, daß der Schuldübernehmer dem Dritten, wenn dieser die Schuld einklage, jederzeit Einreden aus dem Bestande der ursprünglichen Schuld entgegensetzen könne. Nach der Entscheidung 9 soll er dies aber sogar seinem Mitkontrahenten (vorliegend dessen Cessionar) gegenüber können. Nun denke man sich einmal den Fall ganz einfach. A. verkauft dem B. ein Grundstück für 30000 M. mit der Bestimmung, daß B. auf dieses Kaufgeld eine für die Frau des A. eingetragene Hypothek übernimmt. A. klagt nun darauf, daß B. diese Schuld bezahle. Da erwidert B.: „Du bist deiner Frau gar nichts schuldig, folglich bezahle ich nichts!“

Erklärt man diesen Einwand für begründet und damit die Sache für erledigt, so hieße das nichts anders, als daß B. das Grundstück nunmehr umsonst hätte und behielte. Das kann doch der Sinn eines solchen Vertrags nicht sein. B. könnte höchstens sagen: „Du bist deiner Frau nichts schuldig, deshalb will ich nicht an sie, sondern an dich bezahlen.“ Darauf würde aber A. mit Recht erwidern: „Was geht es dich an, wenn ich beanspruche, daß du statt an mich an meine Frau bezahlst?“ Die Einrede mangelnder Valuta wäre hiernach, wie ich glaube, zu verwerfen gewesen. Dagegen war nach dem Obigen die Einrede aus der durch den späteren Eigentümer nach § 41 erwirkten Befreiung für rechtlich erheblich zu halten; desgleichen die Einrede, daß der Cedent des Klägers seinen Verpflichtungen aus dem Tauschvertrage nicht nachgekommen sei. Beruhen die Thatsachen dieser Einreden auf Wahrheit, so ist dem Kläger durch die Zurückweisung kein Unrecht geschehen.

XI. Einrede der Arglist wider einen Vertrag auf Grund vorausgegangener abweichender Beredung.

Die Verklagten, Eheleute F., hatten am 17. Mai 1876 vor dem Ortsgericht einen Kaufvertrag zu Protokoll erklärt, wonach sie von Abraham E. das Grundstück „Wiese auf dem Städtenacker“ IX Nr. 138 des Flurbuchs, 420 Klafter haltend, für 672 *M.* gekauft. Der Verkäufer E. (welcher das fragliche Grundstück im Jahre vorher von K. für 390 *M.* erkauft) klagte nun gegen die F.'schen Eheleute auf Vollziehung des entsprechenden Kaufbriefs. Die Verklagten wandten ein: von dem fraglichen Grundstücke hätten sie bereits kraft eines mit dem früheren Eigentümer K. abgeschlossenen Vergleiches einen Teil (etwa 132 Klafter) besessen. Diesen Teil habe auch K. dem E. gar nicht mitverkauft. Auch sei es bei dem von ihnen mit E. verabredeten Kaufe nur die beiderseitige Absicht gewesen, die Wiese abzüglich jenes Teiles zu kaufen, und dem entsprechend sei auch der Kaufpreis nur dahin bestimmt worden, daß derselbe 1,60 *M.* für die Klafter betragen solle. Als dann die Protokollierung des Kaufs vor dem Ortsgericht stattgehabt, haben sie sich anfangs zu unterzeichnen geweigert, weil das Protokoll mit dem Vereinbarten nicht im Einklang gestanden. Es habe aber der Kläger und der anwesende Bürgermeister gesagt, formell müsse das Protokoll so gemacht werden. Darauf hin haben sie unterzeichnet. Aber sie seien nicht verpflichtet, den Kaufpreis von 1,60 *M.* für die Klafter nach der Größe der ganzen Wiese, sondern nur nach der Größe des wirklich verkauften Teiles zu entrichten.

Der Kläger leugnete dies alles, und wies darauf hin, daß er (nach der betreffenden Landesgesetzgebung) durch den mit K. abgeschlossenen Kaufvertrag Eigentümer der ganzen Wiese geworden sei. Darnach könnten Verklagte aus der mit K. getroffenen Übereinkunft ihm keinen Einwand entgegenstellen.

Das Kreisgericht ging auf den Einwand der Verklagten ein, ließ darüber Zeugen vernehmen und erkannte dann auf einen von den Verklagten zu leistenden Eid. Die rechtliche Auffassung ging dahin: das Vorbringen der Verklagten sei ein Leugnen des von ihnen geschlossenen Kaufs. Kläger habe den Beweis dieses Kaufs durch das Protokoll angetreten. Die Einrede der Verklagten sei gegen dieses Beweismittel gerichtet und dahin aufzufassen, daß die Willensmeinung der Kontrahenten nicht auf den Verkauf des ganzen Grundstücks gerichtet gewesen sei. Dies sei durch die Zeugenaussagen einigermaßen wahrscheinlich gemacht, und demgemäß sei den Verklagten der angenommene Hauptеid aufzulegen. — Dieser wurde dahin reguliert, daß bei Protokollierung des Kaufvertrags ihre Willensmeinung nicht dahin gegangen, daß das ganze Grundstück, sondern nur ein Teil Gegenstand des Kaufhandels sei.

Auf erhobene Berufung änderte das AG. dieses Urteil dahin ab, daß es die Verklagten zur Vollziehung des Kaufbriefs verurteilte. Es sprach aus: Verklagte könnten mit ihrem Einwand nicht gehört werden, da sie durch Unterzeichnung des Protokolls dessen Inhalt als bindend anerkannt haben; um so mehr, als sie nicht einmal behaupten, einer Täuschung unterlegen zu haben, vielmehr das Gegenteil sogar feststehe.

Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde erteilte das RG. (Sen. 3) folgende abändernde Entscheidung:

Mit Recht geht zwar das AG., im Gegensatz zu dem Kreisgericht, von der Annahme aus, daß das vor dem Ortsgericht aufgenommene, von beiden Parteien unterzeichnete Protokoll vom 17. Mai 1876 nicht als bloßes Beweismittel, sondern als die Form sich darstelle, in welcher der Vertrag der Parteien zustande gekommen. Rechtsirrtümlich aber ist die Annahme, daß darnach die von den Verklagten vorgebrachte Einrede ausgeschlossen sei. Auch gegen einen Vertrag, der in einer dem wahren Willen der Vertragschließer nicht entsprechenden Form zustande gekommen ist, findet die Einrede der Arglist statt, wenn diese Form von einem der Vertragschließer betrüglicherweise veranlaßt ist oder nachträglich benutzt wird, um ungerechte Vorteile daraus zu ziehen (l. 36 D. de verb. oblig. 45, 1).

Ein solcher Fall liegt nach der Behauptung der Verklagten hier vor. Nach derselben soll verabredet sein, daß Kläger den Verklagten (materiell) nur den Teil der Wiese IX 138 verkaufe, den Kläger von K. reell übertragen bekommen, nicht aber auch den Teil, welchen Verklagte schon früher von K. eingeräumt erhalten zu haben behaupten. Diese Einrede kann nicht schon dadurch für widerlegt erachtet werden, daß die Verklagten den auf den Verkauf der ganzen Wiese lautenden Verkaufsnotul unterzeichnet haben; und zwar um so weniger, als es ohne Zweifel im Sinne jener Verabredung lag, daß der Kaufbrief — um den fehlenden Besitztitel der Verklagten über den von ihnen schon besessenen Teil der Wiese zu ergänzen — formell über die ganze Wiese ausgestellt werden, der Kaufpreis dagegen nur nach der Klafterzahl des wirklich übertragenen Teiles der Wiese berechnet werden sollte.

Es trifft deshalb auch nicht zu, wenn das AG. ausspricht, die Einrede der Verklagten sei ausgeschlossen, weil sie nicht einmal be-

haupten, bezüglich der von ihnen beanstandeten Punkte in einem Irrtum sich befunden zu haben, vielmehr nach ihrer eigenen Erklärung das Gegenteil sogar feststehe. Es gründet sich dieser Ausspruch ohne Zweifel darauf, daß Verklagte zugestehen, die ungenaue Aufnahme des Verkaufsnotuls gekannt zu haben. Die Einrede der Verklagten richtet sich aber dagegen, daß — die Wahrheit ihrer Behauptungen vorausgesetzt — Kläger jetzt diese ungenaue Aufnahme benutzt, um den Kaufpreis nach dem Klastermaß der ganzen Wiese zu berechnen, während er denselben nur nach dem wirklich übertragenen Teile der Wiese berechnen durfte.

Die Frage, ob Kläger durch den mit K. abgeschlossenen Kaufvertrag wirklich Eigentümer der ganzen Wiese geworden, kann hier außer Betracht bleiben; da, auch wenn dieses der Fall, Verklagte doch nicht genötigt werden könnten, einen Kauf anders, als nach Maßgabe der wirklich getroffenen Willenseinigung, zu vollziehen.

Zur Zeit liegt ein voller Beweis der Einrede der Verklagten nicht vor. (Darnach wurde auf Erhebung weiterer Beweise über diese Einrede erkannt.)

Urt. v. 9. März 1880 i. S. Fuchs und Ehefr. w. Elsoffer.

Das Urteil berichtigt zunächst den Irrtum des Amtsgerichts, welches in dem Verkaufsprotokoll nur ein „Beweismittel" für den abgeschlossenen Kaufvertrag erblickte. Vielmehr bildet eine solche von beiden Teilen unterzeichnete Schrift eine Form des Vertrags selbst, und zwar auch in dem Falle, wenn der Vertrag schon vorher in einer anderen Form (mündlich) zustande gekommen sein sollte und die Schrift nur „des Beweises halber" errichtet wird. Nicht minder zu berichtigen war aber auch die Annahme des AG., welches gegen den Inhalt dieser Form jede Einrede für ausgeschlossen erachtete.

Die Fälle, welche zur Anwendung der — praktisch sehr wichtigen — l. 36 D. de V. O.*) Veranlassung geben, werden meistens darauf beruhen, daß der Vertragsgegenstand oder ein sonstiger wesentlicher Umstand, über welchen in den vorausgehenden Verhandlungen nähere Beredung getroffen wurde, bei dem förmlichen Vertragsschluß in einer ungenauen Weise bezeichnet worden ist; diese Bezeichnung aber von einem der Kontrahenten dazu benutzt wird, um daraus Folgerungen zu ziehen, die mit den vorausgegangenen Beredungen in Widerspruch stehen. Dann ist zwar der andere Kontrahent „subtilitate juris" an den Wortlaut des Vertrags gebunden; aber weil dieser seinem wahren Willen nicht entspricht, steht dem Getäuschten die Einrede der Arglist zu.

---

*) Abgedruckt oben S. 98.

Fälle dieser Art aus der Praxis des ROHG. liegen vor in den Entsch. Bd. 2 S. 45, Bd. 5 S. 6, Bd. 6 S. 32, Bd 14 S. 14. Man wird vielleicht fragen, wie sich diese Fälle zu den zahlreichen anderen Fällen verhalten, in welchen ausgesprochen wird, daß Beredungen, welche bei den vorausgehenden Verhandlungen gepflogen sind, wenn sie in dem förmlich abgeschlossenen Vertrag keine Aufnahme gefunden, dadurch für ausgeschlossen zu halten seien (vgl. Entsch d. ROHG. Bd. 3 Nr. 45, Bd. 10 Nr. 18, Bd. 11 Nr. 132, Bd. 14 Nr. 71, Bd. 16 Nr. 55; Seuffert Arch. Bd. 17 Nr. 125, Bd. 20 Nr. 216, 217). Eine feste Regel für die eine oder andere Behandlung solcher vorausgegangenen Beredungen wird sich schwerlich aufstellen lassen. Im allgemeinen wird man dann, wenn der förmliche Vertragsabschluß mit dem angeblichen Inhalt der vorausgegangenen Beredung in positiven Widerspruch tritt, zu der Annahme berechtigt sein, daß die vorausgegangene Beredung aufgegeben sei. Im übrigen wird es aber davon abhängen, in welchem Maße es menschlich wahrscheinlich ist, daß innerhalb des Wortlauts des Vertrags die Kontrahenten die Beredung im Sinne behalten und haben aufrecht halten wollen. Gerade in solchen Fragen wird der praktische Takt des Richters sich zu bewähren haben. Daß eine solche, den Wortlaut des Vertrags modifizierende Beredung prozessualisch stets eine selbständig zu erweisende Einrede bildet, versteht sich von selbst.

Aus meiner früheren Praxis möge noch folgender Fall hier Erwähnung finden. Die Parteien hatten einen Fruchthandel geschlossen. A. hatte dem B. gesagt, daß auf seinem Boden noch 10—11 Viertel Frucht liegen, welche er zu verkaufen wünsche. Darauf hatte B. dem A. „die auf dessen Boden liegende Frucht" abgekauft. Bei der Lieferung aber ergab sich, daß dort selbst noch gegen 16 Viertel lagerten. B. weigerte sich, in diesem Umfange die Frucht anzunehmen. A. erhob Klage. Trotzdem, daß B. dem Wortlaute des Vertrags nach alle auf dem Boden des A. liegende Frucht gekauft hatte, wurde er doch auf Grund der vorgängigen Beredung unter Anwendung der l. 36 cit. nur zur Abnahme von 11 Viertel schuldig erkannt.

XII. Eigentumsklage auf Beseitigung eines Baues gerichtet. Einrede der Arglist.

Der Verklagte hatte im Jahre 1876 ein dicht an die Landstraße reichendes Haus gebaut. Im Jahre 1878 trat der Kläger gegen ihn auf, indem er geltend machte: er sei Eigentümer des zunächst der Landstraße liegenden, 7,25 qm großen Streifen Landes, auf welchen das Haus sich erstrecke, indem er diesen Streifen durch Kauf von dem

Fiskus am 14. Jan. 1876 erworben habe. Er bat hiernach, den Verklagten zu verurteilen, die Parzelle zu räumen, den Bau zu entfernen, und das Grundstück dem Kläger unter Schadenersatz herauszugeben. — Verklagter wandte ein: er habe das Haus erbaut auf einem vom Kläger selbst ihm verkauften Grundstücke nach einem vom Kläger ihm mitverkauften, bereits durch amtlichen Konsens bestätigten Risse, welcher sich auch auf die jetzt vindizierte Fläche erstreckt habe. Kläger habe ihm versprochen, diese Parzelle, sobald er sie vom Fiskus erworben haben werde, auch zu verkaufen. Kläger verfahre hiernach arglistig, wenn er die Parzelle jetzt vindiziere. — Kläger leugnete das zuletzt gedachte Versprechen; machte überdies geltend, daß dasselbe wegen eingetretener (landesgesetzlicher) Verjährung nicht mehr klagbar sein würde; daß er aber auch bereit gewesen sei, die Parzelle dem Verklagten für 450 ℳ. zu verkaufen, Verklagter aber diesen Preis nicht bezahlen wolle.

Die erste Instanz verurteilte den Verklagten klaggemäß, da das Versprechen, das Grundstück zu verkaufen, durch Verjährung unwirksam geworden.

In zweiter Instanz wurde die Klage abgewiesen. Das AG. nahm an (unter Bezugnahme auf Leyser med. ad Pand. spec. 44, 7 med. 8), daß bei dem Überbau von Gebäuden über die Grenze die strengen Konsequenzen des Eigentumsrechts ausgeschlossen seien, um einen mit dem Werte des verfolgten Rechts nicht in Verhältnis stehenden Schaden eines Anderen zu verhindern. Vielmehr entstehe in einem solchen Falle, da sich das über die Grenze gebaute Haus nicht trennen lasse, ein Miteigentum beider Grundbesitzer an dem Gebäude selbst. Hieraus folge aber, daß demjenigen, dessen Eigentum überbaut worden, nur ein mit der Teilungsklage zu verfolgender Anspruch auf Entschädigung für den in die Gemeinschaft inferierten Teil seines Grundeigentums zustehe.

Kläger focht diese Entscheidung mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, welche vom RG. (Sen. 3), zwar für begründet erachtet wurde, jedoch nur zu einer Abweisung der Klage angebrachtermaßen führte; aus folgenden Gründen:

Das AG. weist die als unbegründet erkannte Klage zurück, erstens, weil dem als gutgläubigen Besitzer anzusehenden Beklagten ein Rückhaltungsrecht an der streitigen Grundfläche aus dem Gesichtspunkte der Verwendungen bis dahin zustehe, daß Kläger ihm den Wert der verwendeten Baumaterialien ersetzt habe; zweitens, weil durch den in gutem Glauben vorgenommenen Bau auf einem dem Kläger und einem dem Beklagten gehörigen Grundstücke ein Miteigentum beider Grundeigentümer an dem Gebäude selbst entstanden sei, und Kläger daher nur mittels der Teilungsklage einen Anspruch auf Entschädigung für den in die Gemeinschaft eingebrachten Teil seines Grundeigentums verfolgen könne.

Die gegen beide Gründe vom Kläger mit der Nichtigkeitsbeschwerde erhobenen Angriffe sind begründet.

Der auf die Einrede des Beklagten angewendete Gesichtspunkt eines Rückbehaltungsrechts wegen Verwendungen paßt schon deshalb nicht, weil von einer Herausgabe des streitigen Grundstücks mit den

darauf gemachten Verwendungen, d. h. mit dem darauf erbauten Teile des beklagtischen Hauses nicht die Rede sein kann.

Die weiter der Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsanschauung steht mit den im gemeinen Recht geltenden Grundsätzen über das Bauen auf fremdem Grund und Boden in Widerspruch. Nach dem Satze: solo cedit quod solo inaedificatur ist das Eigentum an dem Grund und Boden in der Art maßgebend, daß dessen Eigentümer auch das Eigentum des auf seinem Grunde errichteten Baues erwirbt und es kann auch der in gutem Glauben auf einem fremden Grundstücke Bauende nicht die Abtretung des bebauten fremden Grundstücks gegen eine vom Richter festzustellende Entschädigung verlangen, sondern ist auf Anfordern des Eigentümers zur Wegräumung des Baues verpflichtet. War demnach das Urteil zu vernichten und anderweit in der Sache zu erkennen, so war zwar der Antrag, den Beklagten zu verurteilen, das Eigentum des Klägers an der fraglichen Grundfläche anzuerkennen, für begründet zu erachten, im übrigen aber die Klage unter Verurteilung des Klägers in die Kosten angebrachtermaßen abzuweisen. Letzteres rechtfertigt sich durch das mit Recht als arglistig bezeichnete Verhalten des Klägers.

Die Klagbitte kann nur dahin verstanden werden, daß Beklagter verurteilt werden solle, auf seine Kosten den auf dem fraglichen Grundstücke errichteten Teil seines Hauses zu beseitigen. Hat aber Beklagter diesen Bau auf Grundlage einer Vereinbarung mit dem Kläger aufgeführt, wonach der letztere selbst ihn veranlaßt hat, den Bau so, wie er jetzt steht, zu errichten, so handelt derselbe offenbar arglistig, wenn er auf Grund seines Eigentums jetzt verlangt, daß Beklagter diesen Bau auf seine Kosten wieder entferne. Vielmehr hätte Kläger sich erbieten und auf Erfordern Sicherheit dafür leisten müssen, selbst diese Kosten zu tragen. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die vom Beklagten erwähnte Verabredung, wonach der Kläger sich verpflichtet haben soll, ihm die fragliche Parzelle, nachdem er dieselbe erworben haben werde, zu verkaufen, wegen eingetretener Verjährung nicht klagbar sein würde (vgl. insbesondere l. 5 § 2 D. de doli mali except. 44, 4). Und ebensowenig kann die Behauptung des Klägers, daß er bereit gewesen sei, die fragliche Grundfläche dem Beklagten zu verkaufen und zu übertragen, letzterer aber den Erwerb abgelehnt habe, weil er den geforderten Kaufpreis von 450 *M.* nicht habe zahlen wollen, die Einrede der Arglist beseitigen. Denn wenn bei jener die Überlassung der fraglichen Parzelle betreffenden Vereinbarung ein Kaufpreis nicht bestimmt worden und auch jetzt eine Einigung der Parteien über denselben nicht zu erzielen gewesen, so würde Kläger den Vorwurf der Arglist nur dann von sich abwenden können, wenn er als Preis vom Beklagten nicht mehr verlangt hätte, als er selbst für den bei jener Verabredung vorausgesetzten Erwerb der Parzelle gezahlt hat oder doch einen angemessenen Preis. Daß dieses aber der vom Kläger geforderte Preis von 450 *M.* sei, hat derselbe nicht behauptet und kann um so weniger ohne weiteres unterstellt werden, als der vom Kläger vorgelegte Auszug ergibt, daß der Wert der Grundfläche vom Feldgerichte nur zu 50 *M.*

geschätzt ist. — Nach den Verhandlungen steht die thatsächliche Voraussetzung der Einrede der Arglist, daß Kläger selbst den Beklagten veranlaßt habe, seinen Hausbau so zu errichten, wie er jetzt ist, fest. (Dies wird im Urteil näher ausgeführt).

Da Beklagter nicht bestritten hat, daß Kläger Eigentümer der Parzelle sei, der gegenwärtige Prozeß vielmehr durch die unter den Parteien streitige Frage veranlaßt ist, ob Beklagter verpflichtet sei, auf seine Kosten den auf der Parzelle stehenden Teil seines Hauses zu beseitigen, so waren dem Kläger die sämtlichen Kosten der beiden ersten Instanzen zur Last zu legen.

Urt. v. 16. März 1880 in S. Dommermuth w. Arnst.

Es ist eine nicht selten vorkommende Erscheinung, daß da, wo jemand mit seinem Bau unglücklicherweise die Grenze auch nur um ein Geringes überschritten hat, dieser Umstand von dem dadurch betroffenen Nachbar benutzt wird, um eine Art legaler Erpressung gegen ihn auszuüben, in der Art, daß er ihn drängt, entweder den Bau wieder abzubrechen und auf die Grenze zurückzusetzen, oder die überbaute Fläche mittels eines übermäßigen Preises zu bezahlen. Es wäre legislatorisch gewiß gerechtfertigt, wenn für Fälle dieser Art ein Schutz geschaffen würde, wie ihn das preuß. allg. LR. (Tl. I Tit. 9 § 332) gewährt und auch in dem vorliegenden Falle die zweite Instanz auf die Autorität von Leyser dem Beklagten gewähren wollte. Leider konnte dies aber zur Zeit nicht als dem bestehenden gemeinen Rechte entsprechend anerkannt werden. Gleichwohl ließ die Lage des Falles es zu, dem arglistigen Verhalten des Klägers wirksam entgegenzutreten. Da Verhältnisse dieser Art sich öfters darbieten werden, so wird hierdurch der vorliegende Rechtsfall ein besonders lehrreicher.

XIII. Kann derjenige, welcher ohne Auflassung ein Grundstück vom Eigentümer übergeben erhalten, ein Rückbehaltungsrecht wegen Verwendungen ausüben?

(Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872.)

A. verkaufte und übergab im Jahre 1874 ein Grundstück an B., und B. verkaufte und übergab dasselbe sofort laut notariellen Vertrags weiter an P. Die Auflassung sollte erfolgen; auch wurde B. im Jahre 1876 zu deren Verlautbarung dem P. verurteilt; sie geschah aber nicht. Vielmehr erhielt im Jahre 1877 K., welcher von jenen beiden Verkäufen Kenntnis hatte, von A. die Auflassung, und klagte nun gegen P. auf Herausgabe des Grundstücks. P. verlangte Erstattung der auf dessen Verbesserung verwendeten Kosten. Diese Einrede wurde vom RG. (Hilfs-Sen. 2) verworfen.

Dasselbe erwog, daß nach allg. LR. Tl. I Tit. 7 §§ 204—208 nur der redliche Besitzer einer Sache Anspruch auf Ersatz von Ver-

wendungen habe; daß nach §§ 11 und 12 das. P. nicht als redlicher Besitzer gelten könne, da er gewußt habe oder doch habe wissen müssen, daß er nach dem Ges. v. 5. Mai 1872 durch bloße Übergabe kein Eigentum erwerbe, und daß hiernach ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen für ihn nicht bestehe.

Urt. v. 8. Juli 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 80.

Die Lehre des preuß. LR. über den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen dürfte im wesentlichen mit der gemeinrechtlichen Lehre übereinstimmen. Vom Standpunkt der gemeinrechtrechtlichen Lehre kann ich aber die obige Entscheidung nicht für richtig halten. Auch im gemeinen Recht finden wir den redlichen Besitzer, der einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen haben soll, dahin bestimmt: si nescit, qui aedificavit, alienum esse solum; und den unredlichen dahin: si aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum*). Gleichwohl gingen die römischen Juristen nicht so abstrakt zu Werke, daß sie diese Begriffsbestimmung blindlings anwandten. Wir finden in den Quellen namentlich ein Verhältnis, welches sich unserem Falle nahe anschließt, nämlich das Verhältnis dessen, der kraft verbotener Schenkung (zwischen Ehegatten) ein Grundstück erworben hat. Durch eine solche Schenkung ging Eigentum nicht über, und die Römer führen diesen Satz streng durch. Gleichwohl gewähren sie dem Ehegatten, der das ihm geschenkte Grundstück bebaut hat, ein Rückbehaltungsrecht bis zur Zahlung der Verwendungen**) Der Grund liegt nahe. Der beschenkte Ehegatte, wenn er auch weiß, daß er kein Eigentum erworben, besitzt doch die Sache mit dem Willen des Eigentümers, und dies genügt, das Verhalten des anderen Ehegatten, welcher ohne Ersatz für die Verwendungen die geschenkte Sache zurückfordert, als ein arglistiges erscheinen zu lassen***). Ganz ebenso besitzt aber auch derjenige, welcher ein Grundstück kraft Kaufvertrags, wenn auch ohne Auflassung, von dem Eigentümer übergeben erhalten hat, mit dem Willen des Eigentümers, ja sogar in der wohlbegründeten Erwartung, das Eigentum demnächst durch Nachholung der Auflassung zu erlangen; und der Verkäufer handelt arglistig, wenn er ihm dem Besitz des Grundstückes ohne Ersatz der Verwendungen wieder entziehen will†). Allerdings würde ein Dritter, welchem der bisherige Eigentümer durch Auflassung sein Eigentum übertragen hat, wenn er, ohne

*) l. 7 § 12 D. de A. R. D. 41, 4.

**) l. 10 D. de doli mali exc. 44, 4; l. 31 § 2 D. de don. i. v. e. u. 24, 1.

***) Vgl. l. 5 pr. D. pro derel. 41, 7.

†) Ein gleiches Rückbehaltungsrecht muß dem ohne Auflassung in den Besitz gesetzten Käufer auch wegen des etwa gezahlten Kaufgeldes gewährt werden.

jenen Ersatzanspruch zu kennen, das Eigentum erworben, bei Vindikation des Grundstückes den Ersatzanspruch von sich ablehnen können. Hat er aber um den Ersatzanspruch gewußt — und dahin glaube ich die oben im Thatbestand mitgeteilten Worte, „welcher von jenen beiden Verkäufen Kenntnis hatte", verstehen zu müssen — dann setzt sich in seiner Person die Arglist des Voreigentümers fort, und auch er muß sich das Rückbehaltungsrecht des Besitzers gefallen lassen.

Es wird aber umsomehr geboten sein, diese Lehre anzuwenden, als das Ges. v. 5. Mai 1872 in der völligen Außerachtlassung des Rückbehaltungsrechtes an Grundstücken eine empfindliche Lücke enthält. Da nach der gemeinrechtlichen Lehre Ersatzansprüche wegen Verwendungen, die auf eine fremde Sache gemacht sind, nur durch Rückbehaltung, nicht durch selbständige Klage geltend gemacht werden sollen, so gehen, wenn ein Dritter kraft des lediglich durch Auflassung auf ihn übergegangenen Eigentums Klage auf die Sache erhebt, alle jene Ansprüche verloren, insofern man nicht auch ihm gegenüber die Einrede der Rückbehaltung gelten läßt, oder etwa die Praxis sich entschließt, statt jener Einrede auch eine Klage gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendungen Eigentümer war, zu geben. Der letztere Weg ist jedenfalls ein zweifelhafter. Um so mehr erscheint es geboten, den ersten Weg wenigstens in den Fällen offen zu halten, wo der neue Erwerber an der Arglist des Voreigentümers teilnimmt. Soweit er dies thut, ist er eben kein gutgläubiger Erwerber. Seine rechtliche Stellung ist gleich der eines solchen, welcher einen Wechsel erwirbt, während er weiß, daß demselben in der Person seines Vorbesitzers Einreden aus dem zu Grunde liegenden Verhältnis entgegenstehen. Auch ein solcher muß sich die Einrede aus der Person seines Vorbesitzers gefallen lassen. Zweck des Gesetzes ist nur, den bona-fide-Erwerb zu schützen.

In einem anderen vom RG. (Hilfs-Sen. 3) entschiedenen Falle (Entsch. Bd. 2 Nr. 64), in welchem der Klage des eingetragenen Eigentümers gegenüber eine Einrede des Besitzers aus seinem Verhältnis zum Vorbesitzer zurückgewiesen wurde, ist dagegen der Entscheidung beizupflichten.

B. hatte an L. eine Auflassung vorgenommen. In der unrichtigen Unterstellung, daß die Auflassung auf ein bestimmtes, nicht in ihr begriffenes Grundstück sich mitbeziehe, war auch dieses Grundstück auf den Namen des L. eingetragen worden, aber im Besitze von B. geblieben. B. verkaufte und übergab es hierauf an W., verkaufte es dann aber nachträglich auch noch an L. Nun klagte L. gegen W. auf Herausgabe des Grundstücks. Die Einrede des letztern aus dem mit B. abgeschlossenen Kaufvertrage

wurde verworfen, weil W. durch denselben ein dingliches Recht an dem Grundstück nicht erworben habe, ein persönlicher Anspruch aber ihm nur wider B. zustehe. Gewiß mit Recht. Der eingetragene Eigentümer kann sein Recht aus dem Eintrag (§ 7 Abs. 1 d. Ges. v. 5. Mai 1872) geltend machen, ohne daß ihm Mängel der Grundlage seines Eintrags entgegengesetzt werden können. Der Eintrag steht nur mit der Anfechtungsklage zu beseitigen (§ 7 Abs. 2 das.). Diese hätte ursprünglich dem B. wider L. wegen Mangels der Auflassung zugestanden. Durch den nachträglich von B. mit L. abgeschlossenen Kauf war auch sie hinweggefallen. Aus diesem Kauf erwarb L. wider die Anfechtungsklage des B. (Klage aus dem materiellen Eigentum) eine der römischen exceptio rei venditae et traditae analoge Einrede. Sein Eintrag war dadurch auch materiell gültig geworden. Einer nachträglichen Auflassung bedurfte es nicht, da diese durch die bereits, wenn auch irrtümlich, geschehene Eintragung auf den Namen des L. erübrigt wurde. Es wäre auch eine solche Auflassung unmöglich gewesen, da B. dieselbe an einem nicht mehr auf seinen Namen eingetragenen Grundstücke nicht vollziehen konnte. An die Stelle der Auflassung trat hiernach formlose Willenseinigung.

XIV. Interesseforderung, beschränkt auf das Doppelte der Hauptleistung.

Der Vater des Beklagten hatte sich dem Kläger verpflichtet, bestimmte Sandfuhren, den Kubikmeter zu 2,25 *M.*, bis Ende Juli 1876 zu leisten. Er war mit dem Anfahren von 25 Kubikmeter zurückgeblieben. Kläger hatte darauf im Oktober 1876 die Fuhren durch einen Anderen leisten lassen, und demselben angeblich 9 *M.* als angemessenen Preis für den Kubikmeter bezahlt. Er forderte hierauf vom Beklagten als Erben seines Vaters Ersatz für die bezahlten 225 *M.*, abzüglich der 56,25 *M.*, die er dem Vater des Beklagten für die 25 Kubikmeter hätte zahlen müssen, also 168,75 *M.* Die erste Instanz wies den Kläger ganz ab; die zweite Instanz verurteilte, jedoch nur bis zum Betrag von 56,25 *M.*, weil Kläger nach der l. un. C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur 7,47 als sein Interesse für die unterbliebenen Fuhren nur das Doppelte des für dieselben bedungenen Preises in Anspruch nehmen könne, an diesem Doppelten aber der vom Kläger selbst noch nicht gezahlte Preis abgehe. Das RG. (Sen. 3) hob diese Entscheidung als rechtsirrtümlich auf.

Zu Eingang des Urteils wird gesagt, daß die l. un. C. noch Gültigkeit habe. „Es haben zwar mehrfach Versuche stattgefunden, das unklar gefaßte und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch tretende Gesetz einzuschränken. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht, durch welches dessen Anwendung gehindert wird, behaupten jedoch weder Doktrin noch Praxis.“

Dagegen ist es rechtsirrtümlich, wenn der Richter von dem zu leistenden Schadenersatz den Betrag der Gegenleistung in Abzug gebracht hat. „Wenn der Gläubiger beim Verzuge des Schuldners Erfüllung und daneben sein Interesse wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung verlangt, so setzt die l. un. einem derartigen Anspruch insofern Schranken als derselbe ein duplum nicht übersteigen darf, welches durch die Summe des Werts der Leistung und des Schadens durch verspätete Leistung gebildet wird. Auf den Ersatz eines höheren Betrags hat der Gläubiger überhaupt keinen Anspruch. Fordert er diese Summe, so muß der Wert der Gegenleistung in Abzug gebracht werden. Anders liegt die Sache, wenn der Gläubiger beim Verzuge des Schuldners auf Erfüllung verzichtet und das Interesse wegen der Nichterfüllung einklagt. In diesem Falle würde die Gestattung des Abzugs der Gegenleistung (resp. ihres Wertes) zu dem Resultate führen, daß der Schuldner, obwohl er nicht zu leisten braucht, doch den Wert der Leistung abrechnen, mithin als Betrag des gesamten Interesses nur den einfachen Wert der Leistung zu gewähren hat." „Der zweite Richter verkennt, daß die l. un. nur dem Schadensanspruch in seiner Totalität, nicht der Wertberechnung der nicht geforderten Gegenleistung Schranken setzt."

Dann wird fortgefahren in der Darlegung, daß Kläger auf die Erfüllung des Vertrags verzichtet habe, und deshalb dürfe die Gegenleistung nicht abgezogen werden. Hierauf wird aber weiter gesagt:

„Der AR. faßt die l. un. dahin auf, daß das Simplum, wenn zwar nicht die Leistung selbst, wohl aber die Gegenleistung auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, nach letzterer bemessen werden soll. Es läßt sich nicht verkennen, daß bei der unklaren Fassung des Gesetzes eine Reihe von Kontroversen auch über das der Berechnung zu Grunde zu legende Simplum besteht, und daß die vom zweiten Richter adoptierte Auslegung durch hervorragende Gelehrte vertreten wird. Die herrschende Ansicht geht aber dahin, daß das Simplum nach dem prinzipalen Gegenstande der Forderung, wegen deren Nichterfüllung geklagt wird, nicht nach dem Betrage der Gegenleistung zu bestimmen ist. Demgemäß sind bei Kauf- und Mietverträgen die Interessenforderungen des Käufers und des Mieters nicht durch den doppelten Betrag des Kauf- oder Mietpreises beschränkt. Es kann dahingestellt bleiben, ob im einzelnen Falle sich annehmen läßt, daß die Kontrahenten durch die Gegenleistung den Maßstab für die Höhe des Interesses haben fixieren wollen. Als generelle Regel läßt sich dies nicht aufstellen. Es liegt kein zwingender Grund vor, die gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßenden Bestimmungen des Gesetzes weiter auszudehnen, als dies in der erkennbar zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Daß aber für die Ansicht des zweiten Richters sich im Gesetze selbst ein sicherer Anhalt findet, läßt sich nicht sagen. Im vorliegenden Falle entstehen, wenn man der herrschenden Auslegung folgt, keinerlei Schwierigkeiten, das verum pretium der bedungenen Sandfuhren zu ermitteln, da durch die Aussagen der Zeugen D. und D. als bewiesen zu erachten ist, daß der Preis für die Anfuhr eines Kubikmeters Sand unter den Vertragsverhältnissen auch im

Sommer 1876 regelmäßig 4,50 *M.* betragen hat. Der zweite Richter mußte deshalb diesen Preis zu Grunde legen."

Urt. v. 27. Mai 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 52.

Die l. un C. de sententiis, quae pro eo etc. ist, wie alle Gesetze aus Justinians Feder, in keinem sehr geschmackvollen und klaren Stil geschrieben. Wenn man lediglich den Wortlaut des Gesetzes ins Auge faßt, und sich dabei gegen alles andere verschließt, so kann man allerdings zu sehr verschiedenen Auslegungen gelangen. Aber die Juristen Justinians hatten doch noch von ihren Altvordern so viel juristischen Sinn geerbt, daß die ihren Gesetzen zu Grunde liegenden Gedanken so unvernünftig in der Regel nicht waren. Und auch bei dem vorliegenden Gesetz gelangt man, wie mir scheint, zu einem ganz verständigen und ziemlich zweifellosen Sinn, wenn man

1. die für die Anwendung speziell als Beispiel aufgeführten Verträge — veluti in venditionibus et locationibus — und

2. den inneren Zusammenhang, in welchem die Vorschrift mit einer Reihe anderer Bestimmungen des röm. Rechts steht, in Betracht zieht.

Die Worte: in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, erhalten ihre nähere Bestimmung durch die beiden als Beispiel angegebenen Verträge. Diese charakterisieren sich dadurch, daß bei ihnen eine Naturalleistung gegen eine Geldleistung ausgetauscht werden soll, und Verträge dieser Art werden wir daher als das Bereich ansehen dürfen, für welches das fragliche Gesetz in erster Linie bestimmt ist.

Interesse pflegt gefordert zu werden, wenn ein Kontrahent dasjenige, was er vertragsmäßig schuldig geworden, gar nicht oder fehlerhaft leistet. Fragen wir nun, welcher Kontrahent bei der hier vorgeschriebenen Beschränkung der Interesseforderung als der Verklagte gemeint sein könne, so kann es der Käufer und Mieter gewiß nicht sein. Denn diese haben ja Geld zu leisten; und die Interesseforderung wegen einer unterlassenen Geldleistung ist fixiert in den gesetzlichen Zinsen. Das Gesetz kann also nur den Fall im Auge haben, daß der Verkäufer oder der Vermieter mit seiner Leistung ausbleibt. Dann tritt für den Käufer und Mieter als Ersatz für die Naturalleistung eine Interesseforderung ein, und für diese ist vorgeschrieben: dupli quantitatem minime excedere. Was ist nun das Simplum, aus welchem das Duplum als Grenze des zu fordernden Interesses gebildet werden soll? Es scheint mir kein Zweifel zu sein, daß dieses Simplum nur in dem bedungenen Preise gefunden werden kann. Die Römer waren nicht so ideale Menschen, daß sie da, wo die Parteien selbst den Wert

der Sache in dem bedungenen Preise bestimmt hatten, das Bedürfnis gefühlt hätten, eine künstliche Wertschätzung an die Stelle zu setzen; bekanntlich stets ein Würfelspiel. Sie ließen den Preis als den Wert gelten; wie sie denn auch für Preis und Wert nur ein und dasselbe Wort (pretium) hatten. Der vertragstreue Kontrahent — das ist der Gedanke — kann als sein an die Stelle des Vertragsgegenstandes tretendes Interesse von dem vertragsbrüchigen nicht mehr fordern, als das Doppelte dessen, was er selbst aus dem Vertrage an diesen zu zahlen hat. Natürlich muß er dann auch seinerseits zahlen oder bereits gezahlt haben. Hat er das nicht, so rechnet sich gegen seine auf das Doppelte gerichtete Interessenforderung der einfache Betrag der Gegenleistung auf, und er kann als Reinertrag seines Interesses nicht mehr fordern, als den einfachen Betrag seiner Gegenleistung. Ist das etwa so unnatürlich?

Von alters her galt bei den Römern der Grundsatz, daß in dem doppelten Preise der Sache der Schadenersatz für deren Nichtgewährung sich erschöpfe. Dies gab sich namentlich kund in der bekannten Sitte, für den Fall der Entwährung den doppelten Preis zu stipulieren. (So schon in der Überschrift des Titels D. de evictionibus et duplae stipulation.; vgl. das. l. 37. 48.) Selbst wenn die Stipulation vergessen war, konnte auf das Doppelte des Preises geklagt werden (l. 2 eod.; l. 31 § 20 D. de aed. ed. 21, 1).

Andererseits sollte aber auch auf dieses Doppelte der Ersatzanspruch beschränkt sein, selbst wenn der Käufer höhere Aufwendungen auf die Sache gemacht (l. 48 D. de ev. 21, 2; l. 43 i. f. l. 44. 45 pr. D. de A. E. V. 19, 1).

In allen diesen Fällen hatte natürlich der Verkäufer das Doppelte des Preises nur dann zu leisten, wenn er den Preis schon empfangen hatte. Hatte er ihn noch nicht empfangen, so bekam der Käufer als Entschädigung für das Zurückgehen des ganzen Geschäfts den einfachen Betrag des Kaufpreises ausbezahlt; ein Stück Geld, mit dem er sich wohl zufrieden geben konnte. Er hatte damit das D o p p e l t e, indem er neben dem ihm Gezahlten das von ihm selbst zu Zahlende ersparte.

Es gehört nicht minder hierher das Verbot des Zinsennehmens ultra alterum tantum (l. 26 § 1 D. de condict. ind. 12, 6; l. 10 C. de usuris 4, 32). Noch nie hat jemand gezweifelt, daß unter dem Duplum, bis zu welchem Zinsen genommen werden dürfen, die einfache Quantität des Kapitals zu verstehen sei.

Es gehört ferner hierher eine Stelle, welche gleichfalls ergibt, daß in dem Doppelten des Wertes die Römer jedenfalls den vollen Ersatz des an die Sache sich knüpfenden Interesses er-

blickten. Es ist das die l. 27 pr. D. ad leg. Jul. 48, 5. Darnach konnte ein fremder Sklave wegen adulterium zur Untersuchung gezogen werden gegen Ersatz seines doppelten Wertes, wobei freilich der Wert nur durch eine Schätzung zu bestimmen war.

Endlich gehört hierher die Lehre von der Verletzung über die Hälfte, wie sie in zwei Reskripten Diokletians (l. 2, l. 8 C. de rescind. vend. 4, 44) niedergelegt ist. Ja es läßt sich die Vorschrift der l. un. gewissermaßen als eine ergänzende Konsequenz dieser Lehre betrachten.

Wenn der Kläger sagte: „Ich habe eine Sache für 50 von dir gekauft; du hast sie mir nicht geliefert; sie hatte aber einen Wert von 150; deshalb, und da ich meinerseits den Kaufpreis noch nicht gezahlt, mußt du mir als Interesse 100 bezahlen!" — so war damit alsbald die Einrede gegeben: „Wenn ich dir eine Sache von 150 Wert für 50 verkauft habe, so bin ich ja durch den abgeschlossenen Vertrag über die Hälfte verletzt; ich bin also berechtigt die Auflösung des Vertrags zu begehren, und du kannst deshalb gar nichts von mir fordern!" — Wenn man diesen Zusammenhang erkennt, ist es denn da so unnatürlich, wenn Justinian verordnete: mehr als das Duplum, d. h. Rückgabe der gezahlten Leistung und noch einmal so viel als Ersatz des Interesses, soll nicht gefordert werden dürfen, weil ja sonst Kläger sich selbst den Boden eines gültigen Vertrages unter den Füßen wegzöge!? Und paßt die so aufgefaßte Beschränkung nicht ganz zu den weiteren Worten Justinians, wonach er nötig fand, dem Richter einzuschärfen: ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur?

Selbstverständlich bezog sich die ganze Vorschrift nur auf das aus der Unterlassung oder der Mangelhaftigkeit der Leistung selbst hervorgehende Interesse. Hierauf beziehen sich Worte: in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam. Wenn also z. B. jemand von einem Andern krankes Vieh gekauft hatte, so konnte er seine Entschädigungsforderung für das erkaufte Vieh nicht höher als bis zum Doppelten des Kaufpreises berechnen. Durfte er aber nach l. 13 D. de A. E. V. 19, 1 Entschädigung für sein eigenes angestecktes Vieh beanspruchen, so hatte dieser Entschädigungsanspruch mit der l. un. nichts zu schaffen. Wenn jemand schadhafte Fässer gemietet hatte so war seine Schadenersatzforderung für den ausgeflossenen Wein (l. 19 § 1 D. loc. 19, 2) durch die l. un. nicht beschränkt*).

*) Übereinstimmend hiermit sagt das Bd. 6 Nr. 56 mitgeteilte Erkenntnis des RG.: Die l. un. findet nur dann Anwendung, wenn jemand aus einem

Vergleichen wir nun hiermit die Behandlung, welche das Urteil des RG. dieser l. un. hat zu teil werden lassen, so läßt schon die im Eingang vorkommende Bezeichnung derselben als eines „unklar gefaßten und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch tretenden Gesetzes“ das Ziel ahnen, welchem das Urteil zustrebt. Der Gedankengang des Urteils ist oben in den virgulierten Stellen wörtlich wiedergegeben. Wenn der Gläubiger bei Geltendmachung seiner Interesseforderung zugleich auf Erfüllung klagt, dann soll das Duplum, welches nach der l. un. der Anspruch nicht übersteigen darf, sich bilden durch die Summe des Wertes der Leistung und des Schadens durch die verspätete Leistung; und hiervon soll in diesem Falle der Wert der Gegenleistung in Abzug gebracht werden dürfen. Wo steckt denn nun aber nach dieser Konstruktion das Simplum, aus welchem das Duplum als Grenze des Anspruchs hervorgehen soll? Nennen wir den Wert der Leistung a, den Schaden für die verspätete Leistung b, dann soll also das Duplum sich bilden aus a + b. Nun bildet sich aber doch nach mathematischen Regeln ein Duplum niemals aus zwei verschiedenen Größen, sondern immer nur aus der Verdoppelung einer Größe. Ein Duplum kann also immer nur sein 2 a oder 2 b, oder 2 (a + b); niemals aber wird aus a + b ein Duplum. Von diesem sonderbar konstruierten Duplum soll nun die Gegenleistung abgezogen werden dürfen. Nennen wir diese c, so bildet sich also die durch die l. un. beschränkte Forderung aus a + b — c. Unterstellen wir nun einmal, alle drei Posten haben gleichen Wert, etwa den von 100; dann würde der Anspruch des Klägers sich formulieren auf 100 + 100 — 100 = 100; und das wäre das höchste, was der Kläger fordern könnte. Nun kommt der zweite Fall. Kläger begehrt nicht mehr Erfüllung der Naturalleistung; es fällt daher auch die Berechnung der Gegenleistung hinweg. In obiger Gleichung fällt daher aus: + 100 und — 100, wobei dann natürlich als dasjenige, was Kläger für das Unterbleiben der Leistung fordern darf, nach wie vor 100 übrig bleibt. „Gott bewahre“, sagt unser Urteil, „das würde ja dahin führen, daß der Schuldner, obgleich er nicht zu leisten braucht, als Betrag des gesamten Interesses nur den einfachen Wert seiner Leistung zu gewähren hätte!“ Aber kann man denn daran zweifeln, daß auch in dem ersten Falle der Schuldner nicht mehr als den einfachen Wert seiner Leistung zu gewähren hätte? —

obligatorischen Grunde einen bestimmten Gegenstand schuldet durch Nichtleistung oder nicht gehörige Leistung den Gläubiger schädigt, und deshalb das Interesse gefordert wird; nicht aber auch dann, wenn durch eine rechtswidrige Handlung eine Obligation entsteht und der Schadenersatz den prinzipalen Gegenstand der Forderung bildet.

Wie man hiernach beide konstruierte Fälle zusammenreimen will, erscheint rätselhaft.

Auch der resumierende Satz: „Der Richter verkennt, daß die l. un. nur dem Schadensanspruch in seiner Totalität, nicht der Wertberechnung der nicht geforderten Gegenleistung Schranken setzt," dürfte wohl nicht geeignet sein, die vorausgehenden Sätze einleuchtender zu machen. Wie mir scheint, ist dieser Satz noch weniger klar, als die l. un. selbst.

Als zweiter Rechtsirrtum wird dem angefochtenen Urteil der Vorwurf gemacht, daß es das Duplum nach dem für die Fuhren verabredeten Preise bemessen habe. Vielmehr habe der durch Schätzung festzustellende Wert der Naturalleistung die Grundlage abgeben müssen. Auch hier vermag ich einen Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Es kann ja vorkommen, daß für die Anwendung der l. un. eine Schätzung zu Hilfe genommen werden muß; z. B. wenn deren Anwendung bei einem Sachentausch in Frage steht; oder wenn die Leistung des Verkäufers oder Vermieters nicht ganz unterlassen, sondern nur mangelhaft erfolgt ist, wo dann die wegen des Mangels zu erhebende Interesseforderung relativ nach dem Verhältnis des Werts des Mangels zu dem Werte der fehlerlosen Leistung zu bemessen sein würde*). Im übrigen bin ich der Ansicht, daß nur der bedungene Preis die Grundlage für Bemessung des Duplums abgeben kann, und zwar aus zwei Gründen: erstens, weil dies allein dem geschichtlichen Zusammenhang des Gesetzes entspricht, und zweitens, weil es das „entschieden Vernünftige" ist. Die althergebrachte Lehre, daß auch bei dem Ersatzanspruch wegen Eviktion — welcher ja nichts anderes ist, als eine nachträgliche Interesseforderung wegen Nichtgewährung der Sache — das Duplum nach dem Preise berechnet wird, läßt daran keinen Zweifel. Auch hier fühlt man sich durch den zum Ausdruck gebrachten Gedankengang des Urteils wenig angesprochen. Es wird der Satz aufgestellt: „Es kann dahingestellt bleiben, ob im einzelnen Fall sich annehmen läßt, daß die Kontrahenten durch die Gegenleistung den Maßstab für die Höhe des Interesses haben fixieren wollen." Was bei diesem Satze praktisch gedacht sei, dürfte schwer zu sagen sein. Dann folgt die wiederholte Bemerkung, daß das Gesetz gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoße und deshalb kein Grund vorliege, „es weiter auszudehnen, als dies in der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers gelegen sei". Das heißt, klarer ausgedrückt: weil das Gesetz nicht auf dem Boden des absoluten Manchestertums steht, so hat der Richter den Beruf, dasselbe möglichst ungünstig zu interpretieren. Das

*) Vgl. l. 48 D. de evict. 21, 2.

dürfte doch aber ein etwas einseitiger Standpunkt sein. Schließlich wird noch darauf hingewiesen, wie man vorliegend sogar durch mehrere Zeugenaussagen wisse, daß der Preis für die Fuhren schon im Sommer 4,50 ℳ., also das Doppelte des vom Kläger mit dem Vater des Beklagten akkordierten Preises betragen habe. Ist das richtig, so ergibt sich daraus recht anschaulich, wie Kläger den Vater des Beklagten bei dem Geschäftsabschluß in abscheulicher Weise übervorteilt hatte; und es ist um so weniger einzusehen, warum gerade ein solches Geschäft der besonderen Gunst der Rechtsprechung sich erfreuen soll.

Meinerseits verstehe ich die l. un. dahin:

Bei Kauf- und Mietverträgen und ähnlichen Kontrakten kann als Interesse für die Nichtleistung des geschuldeten Gegenstandes niemals mehr als der Betrag des bedungenen Kaufpreises ꝛc. gefordert werden.

So verstanden, ist das Gesetz ein völlig verständliches und verständiges. Es verwirklicht den alten Satz: Sit modus in rebus. Es stimmt mit analogen Bestimmungen des röm. Rechts überein. Es entspricht dem von Justinian am Schluß ausgesprochenen Bestreben, ungeheuerlichen, künstlich in die Höhe geschraubten Schadensberechnungen — die auch heute noch vorkommen — entgegenzutreten.

Und so hat auch die deutsche Gerichtspraxis in ihrer überwiegenden Mehrzahl bisher das Gesetz verstanden. Das beweisen die bei Seuffert mitgeteilten Entscheidungen von Kassel, Wolfenbüttel, Oldenburg, Lübeck, Berlin (vgl. Arch. Bd. 11 Nr. 140, 229, Bd. 14 Nr. 215, Bd. 15 Nr. 9, Bd. 17 Nr. 17, Bd. 19 Nr. 130, Bd. 20 Nr. 23, Bd. 23 Nr. 21, Bd. 30 Nr. 10, Bd. 31 Nr. 183), sowie die Entsch. d. ROHG. Bd. 3 Nr. 18.

Ob man die Ansicht, daß das Duplum nicht nach dem Preise, sondern nach einer Schätzung der Naturalleistung zu bemessen sei, die „herrschende" nennen könne, scheint mir zweifelhaft. Es ist freilich schwer, alle Schriftsteller darüber nachzulesen. Auch drücken sich manche ganz unbestimmt aus. Nicht für jene Ansicht sind aber Placentinus, Alciat, Cagnolus, Rebuffus, Fachinäus, Decius, Cujacius, Donellus, Giphanius, Brunnemann, Hänel, Arndts, Mommsen. In der Praxis ist mir jene Ansicht noch niemals begegnet.

Nach dem Verständnis des RG.-Urt. dagegen bedeutet die l. un:

Bei Kauf- und Mietverträgen und anderen Kontrakten soll die Interesseforderung für Nichtleistung des Gegenstandes nur in der Höhe berechnet werden, daß der Gegenstand abgeschätzt und das Doppelte dieser Abschätzung ohne Abzug der Gegenleistung als Interesse gefordert werden darf.

So verstanden scheint mir die l. un. nicht allein, wie das Urteil sagt, unklar gefaßt und allgemeinen Grundsätzen widersprechend, sondern auch in sich selbst wenig sinnvoll zu sein.

Zur Erläuterung der Lehre möge hier noch ein Erkenntnis des ROHG. (Entsch. Bd. 16 Nr. 88) in Betracht gezogen werden. Der Beklagte hatte von dem Kläger Gerste in 155 dem Kläger gehörigen Säcken erhalten. Letztere waren angeblich dem Kläger nicht zurückgeschickt. Nach 4 Jahren trat Kläger auf und forderte als Entschädigung das nach Handelsgebrauch bei verspäteter Rücksendung von Säcken zu bezahlende „Leihegeld" von einem Heller für Tag und Sack, also für 4 Jahre 628 Thl. 18 Sgr. 4 Hllr., erklärte aber, vorläufig nur den Betrag eines Jahres mit 157 Thl. 4 Sgr. 7 Hllr. einklagen zu wollen. Ein gleicher Fall war bereits früher zur Entscheidung des ROHG. gekommen (Entsch. Bd. 1 Nr. 28). Dasselbe hatte nicht allein dem Beklagten den Beweis nachgelassen, daß die Säcke schon früher untergegangen seien, sondern auch am Schlusse ausgesprochen, „daß sowohl gesetzlich (l. un. C. de sent. 7, 47) als auch nach einem allgemein und namentlich auch in C. geltenden Handelsgebrauch die Sackmiete in dem eingeklagten Betrage nur für kürzere, nicht aber für längere Zeiträume gefordert werden könne, daß der Anspruch auf ein billiges Maß richterlich zu reduzieren sei und die Höhe des Wertes der Säcke nicht übersteigen dürfe". Diesen sehr verständigen Anschauungen entsprechend hatte auch in dem neuen Falle das AG. den klägerischen Anspruch auf die Höhe des Wertes der Säcke — 77½ Thlr. — beschränkt. Beim ROHG. war aber inzwischen ein anderer Geist eingezogen.

In der neuen Entscheidung deduziert dasselbe zunächst, daß durch Art. 283 HGB. „allen bisherigen Beschränkungen der Verpflichtung zum vollen Schadensersatze" derogiert und daß daher bei Handelsgeschäften die l. un. nicht mehr anzuwenden sei. Auf dieser Grundlage verurteilt es den Beklagten zu 157 Thlr. 4 Sgr. 7 Hllr. Am Schlusse der Entscheidung wird dann noch gesagt: „Allerdings läßt sich die Frage aufwerfen, ob es sich denn mit der bona fides vereinigen läßt, daß der Verkäufer jahrelang dazu schweigt, daß er die geliehenen Säcke nicht zurückerhält, und dann endlich mit dem Anspruch auf Sackmiete in enormem Betrage hervortritt. Aber diese Frage berührt nicht die Fundierung des Anspruchs auf Sackmiete, sondern es wird nur der Käufer unter Umständen eine exceptio doli haben, diese aber besonders thatsächlich begründen müssen. Daran hat es Verklagter im vorliegenden Prozesse fehlen lassen; es kann auch, da die Miete nur für ein Jahr gefordert ist, ein Dolus des Klägers nicht ohne weiteres angenommen werden, und es muß dem Verklagten über-

lassen werden, eine etwaige exceptio doli besser zu begründen, wenn Kläger noch weitere Ansprüche gegen ihn geltend machen sollte." Betrachten wir zunächst diese Vertröstung auf eine exceptio doli, so möchte ich die Frage erheben, wie denn eine solche wohl zu begründen wäre? Ich wüßte es nicht anzufangen! Denn ist der Anspruch des Klägers auf „Sackmiete" ohne jede Beschränkung auf Zeit und Maß „fundiert", so ist es doch kein Dolus, wenn er mit dessen Geltendmachung beliebig wartet. Nach den ausgesprochenen Grundsätzen hätte daher das ROHG. dem Kläger, auch wenn er für alle vier Jahre „Sackmiete" gefordert hätte, diese zusprechen müssen. Und wenn z. B. jemand ein aus einer Leihbibliothek für einen täglichen Leihezins von 5 ₰ entnommenes Buch, das vielleicht 3 ℳ. wert ist, zurückzugeben vergißt, so hat er, jenen Grundsätzen entsprechend, nach Ablauf von 20 Jahren 365 ℳ. Entschädigung zu bezahlen.

An solchen praktischen Erscheinungen, die dem Leben geradezu ins Gesicht schlagen, kann man erkennen, daß es doch nicht so unweise war, wenn Justinian für solche Entschädigungsansprüche ein gewisses Maß vorschrieb. Ohne Zweifel kannte auch er die leidigen Konsequenzmachereien, in welche leicht Juristen sich versteigen. Man sollte sich daher hüten, jene Bestimmung willkürlich wegzuinterpretieren. Dann brauchte man auch nicht mit der nicht minder willkürlichen Erfindung einer exceptio doli zu helfen.

Welchen Einfluß die ergangene RG.-Entscheidung auf die deutsche Praxis üben wird, ist ja schwer zu sagen. Jedenfalls möchte ich Anwälten, welche solchen maßlosen Interesseforderungen gegenüberzutreten haben, den Rat geben, den Einwand zu versuchen, daß das zu Grunde liegende Geschäft wegen Verletzung über die Hälfte ungültig sei. Vielleicht wird in manchen Fällen dieser Einwand durchschlagen.

XV. Schutz der Firma- und der Warenzeichen.

(Art. 26 u. 27 des HGB. § 13 des RGes. v. 30. Nov 1874.)

1. In einer Beschwerdesache sprach das RG. (Sen. 1) aus:

Zur Hinderung des unbefugten Gebrauchs einer Firma sind zwei Wege gegeben:

1. das Verfahren des Handelsgerichts nach Art. 26 des HGB.;
2. die Beschreitung des Rechtsweges von Seiten eines in seinen Rechten Verletzten nach Art. 27 des HGB.

Das erstere Verfahren tritt von Amts wegen ein und das Gericht bedient sich dabei der Ordnungsstrafen. Dasselbe hat die Natur eines wesentlich im öffentlichen Interesse verordneten Administrativverfahrens. Es verliert diese Natur auch nicht dadurch, daß ein Beteiligter durch seine Anträge zu demselben Veranlassung gibt. Die solchergestalt in

dem Verfahren einander Gegenüberstehenden haben nicht die Stellung von Prozeßparteien. Sie können daher auch nicht einander zu Kostenersatz verurteilt werden. Kosten können in diesem Verfahren überhaupt nur dann, wenn eine Ordnungsstrafe festgesetzt wird, erhoben werden, und zwar nach Maßgabe des deutschen Gerichtskostengesetzes für Strafsachen. Den Instanzenzug in diesem Verfahren (auch für Anträge auf Werts- und Kostenfestsetzung) bilden innerhalb Preußen das Amtsgericht, das Landgericht und das Kammergericht in Berlin. Eine Beschwerde an das RG. findet nicht statt (preuß. Ges. v. 24. Juni 1861 Art. 5 u. 6; v. 24. März 1879 § 28; v. 24. April 1878 §§ 25, 51).

Beschl. v. 22. Mai 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 63.

2. B. und M. hatten unter der Firma B. & M. eine Maschinenfabrik betrieben. Im Jahre 1876 trat M. aus und übernahm B. das Geschäft mit Aktiven und Passiven, sowie mit der Berechtigung zur Fortführung der bisherigen Firma. Im Jahre 1879 gerieth B. in Konkurs, welcher durch Nachlaßvergleich beendigt wurde. Nach Verkauf des gesamten Fabrikvermögens betrieb B. eine Agentur, indem er für Rechnung anderer Fabriken Bestellungen auf Maschinen vermittelte. Dabei behielt er jedoch die Firma B. & M. bei. Dies veranlaßte B. zur Klage wider ihn, darauf gerichtet, daß er die Fortführung der Firma zu unterlassen und solche im Handelsregister löschen zu lassen habe. Die Klage wurde in sämtlichen Instanzen für begründet erkannt. Das RG. (Sen. 2) sprach aus: Das HGB. geht von dem Prinzipe aus, daß die Firma auf Wahrheit beruhen müsse (Art. 15, 18). Hiervon darf nicht über die ausdrücklich gestatteten Ausnahmen hinaus abgewichen werden. Sowohl der Art. 22 wie 24 des HGB. setzen als Grundlage für die Fortführung einer Firma mit fremden Namen voraus, daß das Handelsgeschäft, für welches die bisherige Firma beibehalten wird, im wesentlichen fortbestehe. Der Begriff des Handelsgeschäfts liegt aber nicht etwa in dem Vermögenskomplex, der Gesamtheit der Aktiva und Passiva, sondern in der Art des kaufmännischen Unternehmens. Da der Kläger nicht mehr ein Fabrikgeschäft, sondern ein Kommissionsgeschäft für fremde Rechnung betreibt, so ist er zur Fortführung der Firma nicht berechtigt.

Urt. v. 3. Mai 1880. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 95.

3. Eine Kommanditgesellschaft war bisher unter der Firma J. Habbel & Co. geführt. Hiernächst trat J. Habbel aus, und es es ward bestimmt, daß die bisherige Firma gelöscht und das Geschäft, unter Übergang von Aktiven und Passiven, von den beiden verbleibenden Gesellschaftern unter der Firma Otto Junkersdorff & Co. fortgeführt werde. Habbel gründete sofort eine neue Kommanditgesellschaft unter der Firma J. Habbel & Co. Die erstgedachte Firma begann hierauf, im Geschäftsverkehre (in einer Aufschrift an der Ladenthüre, in Zeitungsinseraten, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten, Briefen und Rechnungen für Geschäftsfreunde) ihr Geschäft zu bezeichnen mit „Otto Junkersdorff & Co., vormals J. Habbel & Co.“. Gegen den Gebrauch des letzteren Zusatzes erhob die neue Firma Habbel

Klage, welche zugleich auf Entschädigung gerichtet war. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz erkannte das RG. (Sen. 2) die Klage für begründet.

Wenn auch nicht jeder Gebrauch einer Firma zu einer Klage nach Art. 27 des HGB. berechtigt, sondern nur ein solcher, welcher beim Handelsbetriebe im Sinne von Art. 15 stattfindet, so liegt doch ein solcher Gebrauch hier vor. Auch ist die Form des von der Beklagten ihrer Firma angehängten Zusatzes von der Art, daß allerdings das Ganze geeignet scheint, als Firma zu dienen, d. h. den Namen zu bilden, unter welchem die Beklagte ihr Geschäft betreibt. Wenn nun auch die Beklagte berechtigt war, die Thatsache, daß sie auf Grund des Vertrags Inhaberin des früheren unter der Firma J. Habbel & Co. betriebenen Handelsgeschäfts geworden sei, öffentlich bekannt zu machen, so war sie doch nicht berechtigt, dies in der Weise zu thun, daß sie den fraglichen Zusatz in ihre Firma aufnahm. Er ergibt sich dies aus den teils direkt, teils analog anzuwendenden Bestimmungen der Art. 22, 24 des HGB. Auch Entschädigung kann die Klägerin insofern verlangen, als ihr durch die Aufnahme des fraglichen Zusatzes ein besonderer Schaden entstanden ist, der nicht entstanden wäre, wenn die Beklagte die Thatsache ihrer Nachfolgerschaft in anderer Weise veröffentlicht hätte.

Urt. v. 29. Nov. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 30.

4. „Der Beklagte, welcher sich auf Grund eines mit dem Kläger abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags der vorher von letzterem allein geführten Firma „George Prätorius" bediente, hat nach Auflösung dieses Gesellschaftsverhältnisses die Firma „George Prätorius" im Firmenregister zu Berlin in der Weise eintragen lassen, daß als Inhaber derselben sein vor kurzem geborener Sohn Karl Friedrich Georg Ludwig Prätorius bezeichnet und er als Prokurist dieses seines Sohnes für ausschließlich berechtigt zur Zeichnung der Firma erklärt ist."

Es wurde als erwiesen angesehen, daß Beklagter die Eintragung auf den Namen seines Sohnes nur erwirkt habe, um sich die Disposition über die Firma im Interesse seines Tabaksgeschäfts zu verschaffen. In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen erachtete das RG. (Sen. 1) die auf Löschung dieses Eintrags gerichtete Klage für begründet, indem es aussprach:

So wie es unzulässig ist, daß jemand eine Firma abgesondert von dem Handelsgeschäft veräußere, oder auch, wenn er selbst kein Handelsgeschäft betreibt, eine Firma auf einen andern übertrage (Art. 23 HGB.; Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 247), so ist es auch unzulässig, daß als Firma für ein Geschäft der Name eines solchen eingetragen wird, welcher selbst gar kein Handelsgeschäft treibt, bloß zu dem Zwecke, damit ein Anderer davon Gebrauch mache. Daß durch den Gebrauch der fraglichen Firma Kläger in seinen Rechten verletzt ist, ergibt sich aus der in Übereinstimmung mit dem ROHG. (Entsch. Bd. 4 S. 256, Bd. 6 S. 246) dem Art. 27 des HGB. zu gebenden Auslegung.

Urt. v. 2. Febr. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 37.

5. Für Herstellung von nikotinfreiem Tabak hatte W. einen Apparat, später K. ein Verfahren sich patentieren lassen. K. führte nun sein Geschäft unter der Firma „Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent, R. Kißling & Co.". Hiergegen trat W. klagend auf mit dem Verlangen, daß das Wort „einzige" in der Firma des K. gestrichen werde, da auch er, W., mittels seines patentierten Apparates nikotinfreien Tabak fabriziere. Das RG. (Sen. 1) erkannte die Klage für begründet.

Der Zusatz „Einzige" ist schon deshalb unbefugt, weil er nicht zur nähern Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dient (Art. 16 Abs. 2, Art. 5 HGB.). Er verletzt aber auch ein Recht des Klägers. Da es dem Patent, welches diesem erteilt ist, widerspricht, wenn Beklagte sich in ihrer Firma als „einzige" Fabrik nikotinfreier Tabake bezeichnet, und sich dadurch den Anschein gibt, als besitze sie allein ein Patent zur Herstellung des betreffenden Fabrikats. Auf die Frage, ob das Fabrikat der Beklagten in höherem Grade nikotinfrei sei, kann es ebensowenig ankommen, als darauf, ob der dem Kläger patentierte Apparat für den fraglichen Zweck geeignet ist, und ob Kläger ihn gehörig anwendet. Es genügt, daß Kläger mittels seines patentierten Apparates eine Fabrik zur Herstellung nikotinfreier Tabake betreibt.

Urt. v. 2. März 1881. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 47.

6. Die von der Firma „Franz Heinrich Thorbecke" zu Kassel betriebene Tabaksfabrik, welche sich zu Anfang dieses Jahrhunderts von einem zu Zwolle in Holland bestehenden Geschäfte „Gebr. Thorbecke" abgezweigt hat, benutzt ein von jener älteren Fabrik überkommenes, für sie eingetragenes Warenzeichen, bestehend in einem Fischwappen und Pfau, mit der Unterschrift te Zwoll. Nach vorgelegten Urkunden ist bereits im Jahre 1812 ein Fabrikant in Kassel, im Jahre 1825 ein Fabrikant in Hanau wegen Nachahmung dieser Fabrikzeichen von kurhessischen Gerichten gestraft worden. Im Jahr 1848 meldete F. H. Thorbecke auf Grund der bayer. Verordnung v. 6. März 1840 dieses Zeichen beim Magistrat zu Bamberg an, und erlangte dadurch landesgesetzlichen Schutz in Bayern, welcher mindestens bis 1. Jan. 1872 (Eintritt des deutschen StrGB.) gedauert hat. Gleichwohl haben im Verlaufe der letzten 40 Jahre auch andere Fabrikanten, im ganzen etwa 14, nach und nach jenes Zeichen in Gebrauch genommen.

Im Jahre 1870 hat die Beklagte ihr Geschäft gegründet und ebenfalls jene Zeichen für sich eintragen lassen. Gegen sie erhob die Firma Thorbecke Klage auf Löschung jener Zeichen. In den Vorinstanzen ist die Klage abgewiesen, vom AG., weil die Zeichen als Freizeichen im Sinne des § 10 des Gesetzes zu betrachten seien, jedenfalls aber auch die Beklagte einen im Verkehr allgemein anerkannten Besitzstand für sich habe. Das RG. (Sen. 2) erachtete die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet.

Als Freizeichen können (nach den Motiven des Gesetzentwurfs) nur solche Zeichen gelten, die zur Zeit entweder einen bestimmten, nicht auf Kennbarmachung des Gewerbtreibenden hinzielenden Zweck haben (Bezeichnung von Qualität, Größe, Herkunft aus einem gewissen Ort u. s. w.) oder ihre Bedeutung, als Kennzeichen eines bestimmten

Gewerbtreibenden zu dienen, völlig verloren haben und ohne weiteren Zweck, nur weil das Publikum sich an sie gewöhnt hat, noch gebraucht werden. Um ein Freizeichen als vorhanden anzunehmen, genügt es daher nicht, daß das Zeichen im Gebrauch einer größeren Zahl von Gewerbtreibenden sich befindet, sondern es ist auch die Frage zu prüfen, wie der allgemeine Gebrauch sich gebildet habe, und ob etwa das Zeichen einem bestimmten, den Einzelbesitz ausschließenden Zweck diene.

Was den Begriff eines im Verkehr allgemein anerkannten Besitzstandes betrifft (§ 9), so begründet nicht schon jeder Gebrauch eines Warenzeichens einen eigenen konkurrierenden Besitzstand; und es ist anzunehmen, daß auch einen erlangten konkurrierenden Besitz das Gesetz nicht ohne Rücksicht auf die Frage habe schützen wollen, ob derselbe ein redlicher oder unredlicher sei. Vielmehr ist in jedem Falle zu prüfen, ob nicht jemand in den Besitz eines Andern eigenmächtig eingetreten und demgemäß auf den Schutz des Gesetzes nicht berechtigt sei.

Nach den vorliegenden Thatsachen kann nicht angenommen werden, daß der Gebrauch, welchen andere Fabrikanten von den Warenzeichen der Klägerin gemacht haben, und welcher jedenfalls ursprünglich kein gutgläubiger gewesen, die Umwandlung der Zeichen in Freizeichen bewirkt habe. Aber auch den Schutz des § 9 kann die Beklagte nicht für sich beanspruchen. Die Umstände ergeben klar, daß sie die fraglichen Zeichen nicht als Freizeichen ohne besondere Bedeutung sich aneignete, daß sie vielmehr das Ansehen, welches diese Zeichen genossen, zu ihrem Vorteil ausbeuten wollte. Es tritt dies insbesondere darin klar zu Tage, daß sie auch die Unterschrift und Seitenschrift der Zeichen, die doch für ihre Firma eine offene Unwahrheit enthielten, nachahmte. Darnach begründet die kurze Zeit von 4 bis 5 Jahren für die Beklagte keinen nach § 9 zu schützenden Besitzstand, und jedenfalls kann dieselbe nicht als gutgläubige Besitzerin gelten.

Urt. v. 11. Jan. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 24.

7. Es ist Klage wegen Mißbrauches eines Warenzeichens erhoben. Beklagter hält sich zum Gebrauche des für den Kläger eingetragenen Warenzeichens auf den Etiketten seiner Fabrikate für berechtigt, weil er demselben seine Firma beifüge. Das RG. (Sen. 1) hat diesen Einwand verworfen. Derselbe würde nur dann begründet sein, wenn Zeichen und Firma in eine solche Verbindung gebracht wären, daß beide zusammen ein einziges in seiner äußeren Erscheinung von dem klägerischen Zeichen wesentlich abweichendes Warenzeichen bildeten. Daraus, daß die Etikette sowohl das Zeichen als die Firma enthält, ist solches noch nicht zu entnehmen. Der Begriff der Etikette deckt sich nicht mit dem des Warenzeichens. Die Etikette kann neben dem Warenzeichen noch manches andere enthalten. Wenn daher auf der Etikette nicht Zeichen und Firma zu einem neuen Zeichen verbunden sind, so kann gegen jedes dieser beiden Mittel, die Ware zu kennzeichnen, Rechtsschutz beansprucht werden.

Urt. v. 11. Febr. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 34.

8. Die Firma O., in Amsterdam und Ahaus ansässig, führt schon seit langer Zeit für ihre Tabaksfabrikate ein Warenzeichen,

bestehend aus dem Wappen der Stadt Amsterdam und verschiedenen beigefügten (holländischen) Inschriften und Zeichen. Sie hat dasselbe im September 1875 zu Ahaus angemeldet. Die Firma H. hat ein Warenzeichen angenommen, welches gleichfalls das Wappen der Stadt Amsterdam mit hinzugefügten (holländischen) Inschriften und Zeichen, ganz in derselben Anordnung, Größe und Farbe, wie das der Klägerin, enthält. Letztere erhob deshalb wegen Nachahmung ihres Warenzeichens Klage gegen H. Die Klage wurde für begründet erachtet. Das RG. (Sen. 2) sprach aus:

Die Frage, ob nicht das klägerische Warenzeichen unstatthafterweise (§ 3 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes) ein öffentliches Wappen enthalte, ist zwar nicht schon durch die erfolgte Eintragung jenes Zeichens erledigt, da die Eintragung einer unberechtigten Anmeldung keine Rechte gewährt. Jene Frage ist aber zu verneinen, da die fragliche Gesetzesvorschrift nur auf Wappen des Inlandes sich bezieht*). Auch der angeblich langjährige Gebrauch des beanstandeten Warenzeichens gibt der Verklagten kein Recht auf solches, da sie dasselbe nicht angemeldet hat. Wenn auch nach dem Urteil des AR. das fragliche Wappen für sich allein als ein Freizeichen im Sinne von § 10 Abs. 2 a. a. O. anzusehen wäre, so trifft doch die für ein solches vorgeschriebene Schutzlosigkeit in dem Falle nicht zu, wo ein solches Zeichen nur als Bestandteil eines Warenzeichens benutzt wird, das durch wesentliche ins Auge fallende Zusätze als ein von dem Freizeichen durchaus abweichendes Bild sich darstellt. Bei der Prüfung aber, ob die Nachahmung eines Warenzeichens vorliege, kommt es nicht darauf an, ob beide Warenzeichen, wenn sie nebeneinanderliegend verglichen werden, Unterscheidungsmerkmale zeigen, auch nicht, ob eine Täuschung geschäftskundiger Kaufleute möglich sei, sondern nur, ob die Konsumenten durch die Gleichheit der Warenzeichen irregeführt und veranlaßt werden können, statt der Ware des einen Gewerbtreibenden die Ware des andern zu kaufen. Diese strengere Auffassung entspricht der Absicht des Gesetzes, welches das Publikum gegen Täuschung und die Gewerbtreibenden gegen unberechtigte Schmälerung ihres Absatzes schützen will. Auch werden dadurch keine berechtigten Interessen gefährdet, da ein Gewerbtreibender, dem es darum zu thun ist, sein Warenzeichen von andern zu unterscheiden, nie in Verlegenheit sein wird, dies zu bewirken. Hiernach kann es, soweit ein Warenzeichen in Worten, zumal ausländischen, besteht, nicht so sehr auf deren Sinn, als vielmehr auf das Bild ankommen, welches diese Worte ihrer äußeren Erscheinung nach bieten. Vorliegend hat Beklagte alles, was im klägerischen Warenzeichen dem Wappen beigefügt ist, in einer Weise nachgeahmt, daß das Gesamtbild ganz das nämliche ist, wie in jenem. (Dies wird noch näher ausgeführt.) Es ist daher eine unbefugte Nachahmung des klägerischen Warenzeichens gegeben. Der hiergegen zu gewährende Schutz wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die beigefügte Firmabezeichnung eine verschiedene ist.

Urt. v. 21. Dez. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 22.

---

*) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 24 S. 292.

9.*) Außer der bereits in dem Rechtsfall 6 erwähnten Firma „Franz Heinrich Thorbecke" zu Kassel hat auch eine Firma „Gebrüder Thorbecke" zu Osnabrück bereits im vorigen Jahrhundert aus der Firma „Gebrüder Thorbecke" zu Zwolle sich abgezweigt. Seit dem Jahre 1860 bezeichnet die Firma „Gebrüder Th." zu Osnabrück (Klägerin) ihre Tabaksfabrikate mit einer gedruckten „Nachricht" in deutscher Sprache, welche die Tabake empfiehlt und vor nachgeahmten Waren warnt. Unterzeichnet ist diese Nachricht mit: „Osnabrück" — „Gebrüder Thorbecke". Die letzteren Worte sind in großer, der Namensunterschrift des Geschäftsinhabers nachgebildeter Schrift gedruckt. Seit 1871 versieht auch die Firma „Franz Heinrich Th." zu Kassel (Verklagte) ihre auch sonst ganz gleich bezeichneten Tabaksfabrikate mit einer gleichen „Nachricht", die genau ebenso gedruckt und mit einer der faksimilierten Unterschrift der Klägerin nachgebildeten Unterschrift „Gebrüder Thorbecke" versehen ist. Nur ist am Schlusse der „Nachricht" der Satz weggeblieben: „Auch haben wir unsern Namenszug beigefügt"; und an der Stelle von „Osnabrück" steht „Zwolle". Die Verklagte hat im Jahre 1875 diese „Nachricht" als ihr „Warenzeichen" angemeldet. Die Firma „Gebrüder Th." erhebt hierauf im Jahre 1878 gegen die Firma „Franz Heinrich Th." Klage, indem sie geltend macht, daß nach § 13 des Ges. v. 30. Nov. 1874 Beklagte nicht berechtigt sei, ihre Waren mit „Gebrüder Thorbecke" zu bezeichnen, zumal, da sie bei dieser Bezeichnung auch die Handschrift der Klägerin nachgeahmt habe. Der Unterschied, daß in der Nachahmung „Zwolle" statt „Osnabrück" stehe, sei unerheblich. In Zwolle sei eine solche Firma nicht mehr vorhanden. Klägerin bittet hiernach, unter Anerkennung ihres ausschließlichen Rechtes auf die Firma „Gebrüder Thorbecke", zu erkennen, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, ihre Tabake mit der bezeichneten „Nachricht" und der Unterschrift „Gebrüder Thorbecke" zu bezeichnen.

Beklagte erwidert: die „Nachricht" sei ein Warenzeichen, welches bis zum 1. Jan. 1875 allgemein als Kennzeichen ihrer Ware gegolten habe. Die Bezeichnung sei auch zulässig, weil sie statt „Osnabrück" „Zwolle" enthalte. Bei Austritt aus dem Zwoller Geschäft sei dem Begründer der Kasseler Firma das Recht eingeräumt, die Firma „Gebrüder Th. in Zwolle" zur Bezeichnung ihrer Ware zu benutzen. Die gedruckte „Nachricht", welche wahrscheinlich von Zwolle stamme, benutze sie schon seit 1809. Nur habe sie seit 1871 dieselbe statt mit gedruckter mit faksimilierter Unterschrift versehen. Es sei in der Tabaksbranche üblich, daß die Fabrikanten zur Bezeichnung ihrer Waren auch fremde Firmen, namentlich erloschener holländischer und englischer Häuser, benutzen. (Hierfür werden zahlreiche Beispiele angeführt.) So führe auch sie die alte Zwoller Firma.

In der Replik beharrt Klägerin dabei, daß die Beklagte sich der Unterschrift „Gebrüder Th." nicht bedienen dürfe, denn dies sei ihre, nicht der Beklagten Firma. Wenn aber auch Klägerin nichts

---

*) Der Thatbestand des Falles ist hier ausführlicher wiedergegeben, als in den „Entsch. d. RG.", weil dies zur Beurteilung erforderlich erschien.

dagegen einzuwenden haben möchte, daß Beklagte sich des Namens „Gebrüder Th. in Zwolle" gedruckt bediene, so sei dieselbe doch nicht berechtigt, dies mittels der nachgemachten Unterschrift zu thun. Dies sei der Kernpunkt des jetzigen Streites.

Beide Vorinstanzen erkennen hierauf, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, ihre Waren mittels der fraglichen „Nachricht" mit der faksimilierten Unterschrift „Gebrüder Th." zu bezeichnen. In den Gründen geht das OLG. davon aus, daß die Frage, ob die Beklagte überhaupt berechtigt sei, ihre Fabrikate mit der Namensunterschrift „Gebrüder Th." zu bezeichnen, dahingestellt bleiben könne, indem jedenfalls die Beklagte nicht berechtigt sei, diese Bezeichnung mittels der täuschend ähnlich nachgemachten faksimilierten Unterschrift zu üben.

In der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde sucht die Beklagte den Streit dadurch vorwegzunehmen, daß sie eingangs sagt: „Es steht fest, daß die Verklagte ein Recht hat auf die Firma Gebrüder Th. Die Kontravention wird nur in der faksimilierten Unterschrift gefunden." Klägerin aber erwidert: „Es steht keineswegs fest, daß die Verklagte ein Recht habe auf die Firma Gebrüder Th. Im Gegenteil ist es nach dem HGB. außer Zweifel, daß dieselbe nur die für sie eingetragene Firma Franz Heinrich Th. beanspruchen kann."

Das RG. (Sen. 1) erkannte abändernd auf Abweisung der Klage.

Die §§ 13 ff. des Ges. v. 30. Nov. 1874 würden nur dann anwendbar sein, wenn die Bezeichnung der Waren mit der faksimilierten Unterschrift „Gebrüder Th." für *widerrechtlich* zu erachten wäre. Der Nachweis der Widerrechtlichkeit wird nicht ersetzt durch die Feststellung, daß der Gebrauch der besondern Schreibweise auf die *Absicht* des widerrechtlichen Gebrauches der Firma schließen lasse, weil sie über den Ursprung der Waren zu täuschen geeignet seien. Denn der Schutz, welchen das Markenschutzgesetz gewährt, richtet sich nicht gegen jede zur Täuschung des Publikums über den Ursprung der Ware bestimmte und geeignete Bezeichnung, sondern nur gegen eine solche, welche in der widerrechtlichen Bezeichnung mit dem eingetragenen *Warenzeichen* oder mit dem *Namen* (der Firma) eines Andern besteht. Der erstere Fall liegt hier nicht vor, da Klägerin die fragliche Bezeichnung nicht als Warenzeichen angemeldet hat. Es entsteht also nur die Frage, ob in der von den Beklagten gebrauchten Warenbezeichnung ein widerrechtlicher Gebrauch der *Firma* der Klägerin, Gebrüder Th. in Osnabrück, enthalten ist. Stand aber, was der AR. unentschieden läßt, den Beklagten die Befugnis zu, ihre Fabrikate mit der Unterschrift Gebrüder Th. zu bezeichnen, so kann darin, daß sie sich bei dieser Bezeichnung derselben Schriftzüge bediente, deren sich die Klägerin bereits früher zur Bezeichnung ihrer Fabrikate mit ihrer Firma zu bedienen pflegte, eine Verletzung des Rechts der letzteren auf Gebrauch ihrer Firma nicht gefunden werden. Denn die Ausschließlichkeit dieses Rechts, welches ohnehin durch den Gebrauch einer an einem andern Ort bestehenden Firma nicht verletzt wird, bestand gegenüber den Beklagten nicht, falls dieselbe ebenfalls die Befugnis hatte, ihre Fabrikate mit der Unterschrift Gebrüder Th. zu bezeichnen. Ein Recht auf aus-

schließlichen Gebrauch einer bestimmten Schreibweise der Firma ist in dem Recht auf die Firma nicht enthalten.

Urt. v. 2. Febr. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 37.

10. Das Wasser einer bei Ahrweiler gelegenen Mineralquelle wird von einer Aktiengesellschaft unter der Firma „Apollinarisbrunnen, vormals Kreutzberg" vertrieben. Der Eigentümer einer anderen Mineralquelle zu Cronthal im Taunus, E., hat dieser den Namen „Apollinisbrunnen" beigelegt und verkauft deren Wasser in Gefäßen, welche mit diesem Namen bezeichnet sind. Dies gab Veranlassung zu zwei Prozessen, welche beide in letzter Instanz vom RG. (Sen. 2) entschieden wurden.

In dem ersten Prozesse klagte die Aktiengesellschaft auf Grund des § 13 des Ges. v. 30. Nov. 1874. (Begründung und Richtung der Klage sind im Näheren nicht ersichtlich.) Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen. Das RG. billigte diese Abweisung, indem es aussprach: Wenn der § 13 einen Handeltreibenden im Gebrauch seines Namens und seiner Firma schützt, so ist darunter nur der seiner Person rechtlich zukommende bürgerliche oder kaufmännische Name zu verstehen, nicht auch eine solche Benennung, welche einem Produzenten oder Handeltreibenden oder seinem Unternehmen thatsächlich im Verkehre beigelegt wird. Die Klägerin als Aktiengesellschaft führt rechtlich keinen anderen Namen als den ihrer Firma. Darnach fällt dem AG. keine Verletzung des § 13 zur Last, wenn es zu prüfen unterläßt, ob nicht die Klägerin thatsächlich im Verkehr mit dem Namen „Apollinarisbrunnen" ohne Zusatz bezeichnet werde, und ob ein Mißbrauch dieser Benennung stattgefunden habe.

Urt. v. 19. Dez. 1879. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 14.

11. Eine zweite Klage richtete die Aktiengesellschaft wider M. zu Mainz, welcher Cronthaler Wasser mit der Bezeichnung „Apollinisbrunnen" und mit einer dem angemeldeten Warenzeichen der Gesellschaft nachgebildeten Marke verkaufte. Die auf §§ 13, 18 des Reichsges. v. 13. Nov. 1874 und auf Art. 1382, 1383 Code civil gestützte Klage ging dahin, daß dies dem Beklagten untersagt und derselbe zum Schadenersatz verurteilt werde. Nachdem in 1. Instanz der Klage entsprechend erkannt war, wies die 2. Instanz die Klage insoweit ab, als es sich um den Gebrauch der Bezeichnung „Apollinisbrunnen" handele. Diese Entscheidung stützte sich auf § 10 Abs. 1 des Gesetzes, und führte weiter in den Gründen aus, „daß für die Besitzer des Cronthaler Wassers nichts im Wege gestanden hätte, auf ihre Warenzeichen den Namen „Apollinisbrunnen" zu setzen, wenn nur im sonstigen denselben mit den Warenmarken der Klägerin eine Verschiedenheit gegeben worden wäre, zu deren Erkennung es nicht der Anwendung besonderer Aufmerksamkeit bedurft hätte".

Auf erhobene Revision erachtete das RG. (Sen. 2) diese Beurteilung zwar insofern für mangelhaft, als darin die Befugnis zum Gebrauch der Bezeichnung „Apollinisbrunnen" nur in Verhältnis zu dem von der Klägerin angemeldeten Warenzeichen, nicht aber auch

nach den §§ 13, 14, 18 des Gesetzes aus dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Firma der Klägerin geprüft sei. Es fand aber in der Entscheidung der Vorinstanz die für die höchste Instanz bindende thatsächliche Feststellung, daß die klägerische Firma „Apollinarisbrunnen, vormals Kreutzberg“ durch die Bezeichnung „Apollinisbrunnen“ nicht mit Abänderungen wiedergegeben sei, welche nur durch besondere Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können. Auch die Anwendbarkeit des Art. 1382 des C. C. wurde abgelehnt, weil das Reichsgesetz den Gegenstand einheitlich und erschöpfend regele. Demgemäß wurde auch hier die Revision zurückgewiesen.

Urt. v. 30. Nov. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 21.

12. Kläger benutzt bei Verpackung seines Tabaks zwei mit Nr. 40 und Nr. 39 bezeichnete Marken. Der Beklagte hat auf seinen Waren die Marke Nr. 40 täuschend nachgemacht, derselben auch eine der Marke Nr. 39 nach Zeichnung und Farbe in hohem Grade ähnliche Marke beigefügt, in diese letztere jedoch an der Stelle, wo die Firma des Klägers stand, seine eigene Firma eingesetzt. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vom OLG. zurückgewiesen, weil Beklagter die Marke Nr. 40 nicht allein, sondern in Verbindung mit der Marke Nr. 39 gebraucht habe, die letztere aber durch die hineingesetzte Firma des Beklagten sich wesentlich von der Marke des Klägers unterscheide. Durch eine solche in die Figur der Marke eingefügte Firma sei ein neues Warenzeichen entstanden. Auf erhobene Revision erkannte das RG. (Sen. 2) abändernd in folgender Weise.

Im Sinne des Markenschutzgesetzes ist das Warenzeichen bestimmt, für sich allein die Ware eines Gewerbtreibenden von andern zu unterscheiden. Es ist um so mehr anzunehmen, daß der Schutz dieses Zeichens habe voll gewährt werden sollen, als das Gesetz gegen die betrügliche Nachahmung sonstiger Kennzeichen der Ware keinen Schutz gewährt. Es ist demnach als Wille des Gesetzes zu erachten, daß in allen Fällen, wo das geschützte Warenzeichen in seiner Individualität auf der Ware eines Unberechtigten angebracht ist, ein widerrechtlicher Gebrauch desselben stattfinde. Die Beifügung von Verzierungen, Worten, Zahlen oder anderen Warenzeichen kann daran nichts ändern. Nur wenn Änderungen der Art stattgefunden haben, daß derjenige, der die Ware besichtigt, nicht mehr den Eindruck hat, das geschützte Warenzeichen zu sehen, ist eine widerrechtliche Benutzung nicht anzunehmen. Hiernach würde die Thatsache, daß die Marke Nr. 40 widerrechtlich gebraucht ist, selbst dann nicht beseitigt sein, wenn die beigefügte Marke wirklich eine neue, dem Beklagten eigentümliche wäre.

Allein auch die Erwägung, daß die beigefügte Marke nicht eine widerrechtliche Nachahmung der Marke des Klägers Nr. 39 sei, ist rechtsirrtümlich. Das Gesetz gibt einen besonderen Schutz für die Firma und einen besonderen Schutz für das Warenzeichen. Das Gesetz setzt keineswegs voraus, daß wenn der Konsument im Vertrauen auf ein Warenzeichen eine Ware sucht, er sich dabei des Namens oder der Firma des Gewerbtreibenden bewußt sei. Vielmehr wird derselbe vielfach nur in Hinblick auf das Zeichen der Ware suchen und kaufen.

Auf die Firmenbezeichnung in einem Warenzeichen ist daher der Regel nach nicht mehr Wert zu legen, als auf andere Worte; also nur insofern, als sich dadurch das Gesamtbild des Warenzeichens ändert. Wo daher eine Figur den Hauptbestandteil eines Warenzeichens bildet, wird die Firmenbezeichnung immer nur eine untergeordnete Bedeutung beanspruchen können. Diese Grundsätze hat das OLG. in vorliegendem Falle verkannt.

„Im Allgemeinen ist noch beizufügen, daß das Gesetz offenbar einen wirksamen Schutz gewähren, also möglichst alle Fälle treffen will, wo der Zweck der Ausbeutung eines fremden Warenzeichens erreicht werden kann; daß ferner jede offensichtliche Nachahmung an und für sich mindestens die Tendenz einer solchen Ausbeutung kund gibt, da niemand, der loyal handeln will und ein Warenzeichen zur Unterscheidung seiner Ware sucht, in die Lage kommen kann, nachahmen zu müssen; daß endlich durch die Nachahmung selbst die Möglichkeit, das Publikum zu täuschen, wenn auch nicht erwiesen, doch nahe gelegt wird, da ja die Nachahmung sonst keinen Zweck haben würde."

Urt. v. 14. Febr. 1882. Entsch. d. RG. Bd. 6 Nr. 19.

13. In zwei Fällen, in welchen Ausländer Schutz ihres angemeldeten Warenzeichens gegen Deutsche in Anspruch nahmen, sprach das RG. (Sen. 2) aus: Maßgebend für die Rechte eines Ausländers auf Markenschutz ist seit Einführung des Gesetzes v. 30. Nov. 1874 nur § 20 dieses Gesetzes. Frühere weitergehende Rechte haben keine Geltung mehr. Unter den Voraussetzungen des § 20 stehen aber Ausländer den Inländern gleich. Insbesondere ist ihnen in Anwendung der §§ 3, 9 des Gesetzes als ein im Verkehr allgemein anerkannter Besitzstand bezüglich eines Warenzeichens auch ein solcher zuzurechnen, welcher auf einen noch vor Eintritt ihrer Berechtigung auf deutschen Schutz, sowie auf außerdeutschem Absatzgebiete geübten Verkehr sich gründet.

Urt. v. 7. Jan. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 83.
Urt. v. 29. April 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 8.

Die Entscheidung unter 1 hat das Verdienst den Gegensatz des prozessualischen und des amtlichen Verfahrens, welche zur Hinderung des Mißbrauchs einer Firma gegeben sind, klar zu entwickeln, und dadurch der Verwirrung beider, wie sie in dem dort gegebenen Fall vorgekommen, entgegenzutreten.

Die Rechtsfälle unter 2, 3, 4 stehen bezüglich der in ihnen spielenden Hauptfrage in einer gewissen Verwandtschaft.

Um aus Art. 27 HGB. Klage zu erheben, genügt es nicht, daß der Beklagte von einer Firma „unbefugten Gebrauch" mache, sondern es muß auch der Kläger durch diesen Gebrauch in seinen Rechten verletzt sein. Die Frage, wann letzteres der Fall sei, ist keineswegs einfacher Natur. Unzweifelhaft ist derjenige durch unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt, der

selbst befugterweise eine Firma führt, mit welcher die unbefugt angenommene gleichlautende Firma des Gegners konkurrirt. Ein Fall dieser Art liegt hier nicht vor, ist aber in den Entsch. d. ROHG. Bd. 6 Nr. 57 behandelt. Aber auch derjenige wird mit Recht durch den Gebrauch einer Firma für verletzt erachtet, dessen Name unbefugterweise für die gegnerische Firma verwertet wird. Auf diesem Gebiete liegen die hier zunächst zu besprechenden Rechtsfälle.

Der Rechtsfall 2 verbietet, die nach Art. 24 HGB. gestattete Fortführung der Firma dazu zu benutzen, um auch ein durchaus verändertes Geschäft unter dieser Firma zu treiben, und gewährt deshalb dem früheren Mitinhaber der Firma ein Klagrecht. Die Entscheidung betont als Prinzip des HGB., daß die Firma auf Wahrheit beruhen müsse, und daß deshalb die Ausnahmen, welche hiervon das Gesetz mache, in strengen Grenzen zu halten seien. Es ist dem um so mehr beizupflichten, als jene Ausnahmen, die man aus Nachgiebigkeit gegen die Gewöhnungen des Kaufmannsstandes gestattet hat, doch mehr oder minder stets auf eine Täuschung des Publikums hinauslaufen.

In gleicher Richtung bewegt sich die Entscheidung des Rechtsfalles 3. Da Kläger bei Auflösung der früheren Gesellschaft nicht gestattet hatte, daß sein Namen in der Firma der neuen von den Beklagten gebildeten Gesellschaft fortgeführt werde, so brauchte er auch nicht zu dulden, daß sein Namen doch wieder, wenn auch nur mittels Bezugnahme auf die frühere Inhaberschaft, bei Bezeichnung des Geschäftes verwertet werde. Die Annahme des RG., daß die Firma Junkersdorf unzweifelhaft „Nachfolgerin" der (älteren) Firma Habbel geworden und deshalb auch befugt sei, dies öffentlich bekannt zu machen, beruht ohne Zweifel auf dem Inhalt des zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrags. Abgesehen hiervon würde aber die Frage einer solchen Nachfolgerschaft nicht unzweifelhaft sein; namentlich in Hinblick darauf, daß hier Personen und Firma des früheren Geschäfts gewechselt haben.

Aus der Entscheidung des Rechtsfalls 4 ergibt sich soviel klar, daß das RG. den Art. 16 HGB. nicht damit als erfüllt ansieht, daß die Firma auf den Namen eines unmündigen Kindes gestellt wird, während der eigentliche Inhaber des Geschäfts ein Anderer ist, der sich als Vertreter dieses Kindes aufspielt; daß also in einem Falle dieser Art der „unbefugte Gebrauch" einer Firma vorliegt. Im übrigen aber gibt der Rechtsfall, so wie er mitgeteilt ist, zu Zweifeln Veranlassung.

Thatsächlich glaube ich denselben dahin verstehen zu müssen, daß Kläger die seinem Namen entnommene Firma „George Pr." erst allein, dann zusammen mit dem Beklagten, dann aber nach

Auflösung der Gesellschaft mit diesem gar nicht mehr geführt hat, und daß nun der Beklagte auf den Namen seines Kindes die gleichlautende Firma eintragen ließ. Ist dem so, so kann von der Benachteiligung des Klägers durch eine konkurrierende Firma nicht die Rede sein, vielmehr nur die Frage entstehen, ob die Klage unter dem zweiten oben hervorgehobenen Gesichtspunkt begründet sei. Die Bejahung dieser Frage ist in diesem Falle weit zweifelhafter, als in den Rechtsfällen 2 und 3. Während dort das Verletzende für den Kläger darin lag, daß der seiner eigenen Person entnommene Namen in einer fremden Firma fortfigurierte, hat hier der Beklagte den Namen, dessen Gebrauch der Kläger als ihn verletzend bezeichnet, der Person seines eigenen Kindes entnommen; und es ist nur etwas Zufälliges, daß dieser Namen mit dem Namen des Klägers und der Firma, die früher dem Kläger und Beklagten gemeinsam angehörte, zusammenstimmt. Unzweifelhaft ist, daß, sobald die Firma des Klägers erlosch, er niemanden, der mit ihm gleichen Namen führte, hindern konnte, diesen Namen, und zwar auch an dem nämlichen Orte, ohne jeden weiteren Zusatz (Art. 20 HGB.) als Firma eintragen zu lassen. Die Annahme, daß gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma jeder klagend einschreiten könne, der einmal unter gleichem Namen eine Firma geführt hat oder der gar nur darauf sich beriefe, daß sein Familiennamen der Firma gleich laute, dürfte in ihren Folgen sehr weit führen und deshalb schwerlich zu billigen sein. Auch die Bezugnahme des RG.-Urteils auf die Entscheidungen des ROHG. Bd. 4 Nr. 53 und Bd. 6 Nr. 57 erläutert nicht genügend, wie das RG. über jenen Zweifel gedacht habe. In dem ersteren Falle wurde eine wegen Mißbrauchs einer Firma erhobene Klage zurückgewiesen, weil angenommen wurde, daß Kläger selbst auf die fragliche Bezeichnung seiner Firma kein Recht habe. Der zweite Fall war der bereits oben (S. 128) erwähnte. Kläger betrieb unter der Firma „A. W. Faber" eine schwunghafte Bleistiftfabrik zu Stein bei Nürnberg. Beklagter hatte sich für ein gleiches Geschäft diese nämliche Firma dadurch verschafft, daß er einen Schlossergesellen dieses Namens zu Berlin veranlaßt hatte, ein Geschäft dieser Art unter seinem Namen in Berlin eintragen zu lassen; daß er dann aber demselben nach 3 Tagen dieses Geschäft abgekauft und eine Zweigniederlassung des angeblichen Etablissements zu Berlin in Nürnberg angemeldet hatte. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz nahm das ROHG. die Firma des Beklagten für erschlichen an, und verurteilte ihn, deren Führung zu unterlassen. — Beide Fälle berühren die hier einschlagende Frage nicht. Es dürfte hiernach die Entscheidung des RG. wohl nur mit Vorsicht zu benutzen sein.

Während in den Rechtsfällen 2 bis 4 die Klage gegen eine mißbräuchliche Personenbezeichnung in der Firma gerichtet war, richtete sich in dem Rechtsfall 5 die Klage gegen eine mißbräuchlich gewählte sachliche Bezeichnung des in der Firma aufgeführten Geschäftes. Das RG. leitet das Verbietungsrecht des Klägers wider die Bezeichnung der Fabrik des Beklagten als „einziger" ihrer Art daraus ab, daß auch Kläger ein Patent zur Herstellung desselben Fabrikates gehabt habe. Es würde sich nur fragen, ob denn der Anspruch des Klägers minder begründet gewesen wäre, wenn er ohne Patent die Fabrikation nikotinfreier Tabake betrieben hätte? Geht man davon aus, daß — wie das RG. sagt — der Zusatz „einzige" schon nach Art 16 Abs. 2 HGB. unbefugt gewesen, so dürfte für das Recht, gegen einen Zusatz dieser Art Klage zu erheben, es schon genügen, wenn Kläger eine Fabrik für ein gleiches Fabrikat betrieb, einerlei, ob er ein Patent dafür gewonnen oder nicht. Ein Interesse desjenigen, der ein gleiches Fabrikat herstellt, daran, daß ein anderer nicht in der Firma jenen Zusatz führe, dürfte nicht zu bezweifeln sein.

Als durchaus wertvolle Entscheidungen stellen sich die unter 6, 7 und 8 mitgeteilten dar. Die erste hat ihren Kernpunkt darin, daß nicht jeder allgemeinere Gebrauch eines Warenzeichens ein Freizeichen im Sinne des § 10, und nicht jeder spezielle Gebrauch einen anzuerkennenden Besitzstand im Sinne des § 9 des Gesetzes begründe, vielmehr dabei stets die Frage zu berücksichtigen sei, ob der Gebrauch auch in gutem Glauben erworben und geübt sei, indem nur in diesem Falle derselbe auf den Schutz des Gesetzes Anspruch habe. Es liegt dies gewiß im Geiste des Gesetzes. In gleichem Sinne stellen die Entscheidungen unter 7 und 8 für die Frage der Zulässigkeit eines gewählten Warenzeichens die echt aus dem Leben gegriffene Lehre auf, daß es nur darauf ankomme, ob das Warenzeichen in der äußeren Erscheinung, so wie die große Menge der Konsumenten sie auffasse, von dem älterberechtigten Zeichen verschieden, oder mit diesem übereinstimmend sich darstelle. Die in dieser Richtung sich bewegenden Ausführungen des Erkenntnisses unter 8 sind vortreffliche Worte, welche wohl zu beachten sind.

Gerade in Hinblick auf diese Ausführungen erscheinen aber die Entscheidungen unter 9, 10 und 11 minder befriedigend.

Was die Entscheidung unter 9 betrifft, so ist es ja unzweifelhaft, daß eine Klage nur dann wider eine Warenbezeichnung erhoben werden kann, wenn diese widerrechtlich ist, und daß die bloße Absicht eines widerrechtlichen Gebrauchs die objektive Widerrechtlichkeit nicht ersetzen kann. Wenn aber nach diesen Aussprüchen das Urteil so fortfährt: „Denn der Schutz des Ge-

setzes richtet sich nicht gegen jede Täuschung des Publikums ..., sondern nur gegen eine solche, welche in dem widerrechtlichen Gebrauch von Warenzeichen oder Namen (Firmen) besteht", so klingt das fast, als ob das Gesetz — um doch die armen Warenschwindler nicht allzusehr zu bedrücken — geflissentlich gewisse Täuschungen zum Gebrauch freigelassen hätte. So liegt die Sache doch nicht. Ohne Zweifel ist es die Absicht des Gesetzes gewesen, der Industrie gegen betrügliche Bezeichnung der Waren einen umfassenden Schutz zu gewähren. Und dies hat man zu erreichen geglaubt, wenn man jeden Gewerbetreibenden im Gebrauch seiner Firma und des von ihm gewählten öffentlich angemeldeten Warenzeichens schützte. Nun mag es sein, daß auch noch andere Mittel der Täuschung, die nicht unter diese Beschränkungen fallen, erdacht werden können. Aber es ist doch ein verschiedener richterlicher Standpunkt, je nachdem man glaubt, vorzugsweise das verbliebene Recht der Täuschung gegenüber dem Rechte des vom Gesetze gewollten Schutzes, oder das Recht des Schutzes gegenüber dem verbliebenen Rechte der Täuschung betonen zu müssen.

Wenn nun eine Warenbezeichnung vorliegt, bei der nicht etwa nur eine unschuldige „Absicht" der Täuschung obgewaltet, vielmehr durch die allergenaueste Nachahmung des Vorbildes diese Absicht zu täuschen auch völlig unzweifelhaft und klar ins Werk gesetzt ist: so muß man sich doch gewiß zu der Frage angeregt fühlen, ob denn wirklich für einen Fall dieser Art der gesetzliche Schutz nicht gegeben sei. Dieser Schutz lag aber, wie mir scheint, darin, daß die Beklagte nicht berechtigt war, zur Bezeichnung ihrer Waren die Firma der Klägerin zu benutzen. Ganz richtig hatte deshalb auch die Klägerin ihre Klagbitte dahin formuliert: „daß die Beklagte nicht berechtigt sei, die ‚Nachricht' mit der Unterschrift ‚Gebrüder Th.' zu bezeichnen". Freilich hatte dann die Klägerin in der Replik den Hauptvorwurf gegen die Beklagte dahin gerichtet, daß sie in ihrer Warenbezeichnung die faksimilierte Unterschrift nachgeahmt. Sie glaubte darauf, daß dies nicht geschehe, ein selbständiges Recht zu haben, ohne daß es einer Entscheidung der Frage bedürfe, ob die Beklagte die Bezeichnung „Gebrüder Th." überhaupt gebrauchen dürfe. Und ebenso glaubte auch das OLG. die letztere Frage unentschieden lassen, gleichwohl aber der Beklagten den Gebrauch der faksimilierten Unterschrift verbieten zu können. Nirgends aber hatte die Klägerin der Beklagten ein Recht auf den Gebrauch der Bezeichnung „Gebrüder Th." zugestanden, vielmehr noch bis in die letzte Instanz gegen ein solches Zugeständnis protestiert. Und ebensowenig war das RG. an den Weg rechtlicher Erwägung, welchen das

OLG. eingeschlagen, gebunden. Vielmehr mußte man sich sagen, daß die Frage über die Zulässigkeit des Gebrauchs der faksimilierten Unterschrift abhängig sei von der Frage über die Zulässigkeit des Gebrauchs jener Unterschrift überhaupt; daß wenn diese letztere Frage zu bejahen, allerdings gegen den Gebrauch einer bestimmten Schreibweise Klägerin kein Recht habe; daß dagegen, wenn jene Frage zu verneinen, der Klägerin es nicht schaden könne, daß sie in ihren Ausführungen namentlich die Schreibweise als ihre Rechte verletzend hervorgehoben. Statt dessen ließ aber das RG. es bei der Nichtentscheidung jener Frage bewenden, erklärte unter Bezugnahme auf die „hypothetische Annahme des AR." die Klägerin durch die gewählte Schreibweise für nicht verletzt, und gelangte so dahin, in Widerspruch mit beiden Vorinstanzen der Klägerin gegen die unzweifelhafte Nachahmung ihrer Warenbezeichnung den gebetenen Schutz zu versagen.

Was nun die Berechtigung der Beklagten, ihre Ware mit der Firma „Gebrüder Thorbecke" zu bezeichnen, betrifft, so werden wir vor allem veranlaßt sein, den gegen Schluß des Urteils nur parenthetisch hingeworfenen Satz zu untersuchen, daß „die Ausschließlichkeit des Rechtes auf eine Firma durch den Gebrauch einer an einem anderen Orte bestehenden Firma nicht verletzt werde". Sollte damit gesagt sein, es sei jeder Gebrauch einer fremden Firma gestattet, sofern derselbe nur von einem anderen Orte aus betrieben werde? Unmöglich kann dieser Gedanke innerhalb der Bestimmungen des HGB. und des Gesetzes v. 30. Nov. 1874 Raum finden. Das, was jenem Satze Wahres zu Grunde liegt, dürfte vielmehr nur in Folgendem bestehen.

In Art. 20 HGB. ist gesagt, daß jede neue Firma sich von allen an demselben Orte bestehenden Firmen deutlich unterscheiden müsse, und daß deshalb jeder Kaufmann, der mit einem bereits eingetragenen Kaufmanne gleichen Namen führe, seinem Namen einen unterscheidenden Zusatz beizufügen habe. Daraus geht hervor, daß ein Kaufmann es nicht hindern kann, daß an einem anderen Orte eine mit der seinigen völlig gleichlautende Firma eingetragen werde. Das Unterscheidungsmerkmal und der dadurch gewährte Schutz gegen Mißbrauch liegt alsdann allein in der Bezeichnung des Ortes, wo die Firma besteht. Die hierin liegende Gefahr findet aber ein sehr erhebliches Korrektiv darin, daß jeder Kaufmann nur seinen wirklichen Namen, jede Gesellschaft nur die wirklichen Namen ihrer Mitglieder als Firma gebrauchen darf (Art. 16, 17 HGB.). Das Gesetz wollte den Schutz der Firma nicht so weit ausdehnen, daß ein Kaufmann, der an einem anderen Orte gleichen Namen führt, diesen als Firma zu benutzen durch eine anderwärts bestehende Firma gehindert sein

sollte. Daraus aber, daß für diesen seltenen Fall der Namensidentität das Gesetz beiden an verschiedenen Orten lebenden Kaufleuten es gestattet, ihren Namen ohne weiteres als Firma zu gebrauchen, folgt doch noch nicht, daß es auch jedem anderen habe gestatten wollen, sich des Namens einer fremden Firma zu bedienen, wenn er nur die Unterschrift von einem anderen Orte datiere. Es würde damit dem Mißbrauch der Firma Thor und Thür geöffnet sein. Jener Satz des Urteils kann daher nur dahin verstanden werden, daß ein absolutes Recht auf ausschließlichen Gebrauch einer Firma nur an dem Wohnsitz der Firma bestehe. Daneben aber muß jedem Gewerbtreibenden ein Recht gegen den unbefugten Gebrauch seiner Firma zuerkannt werden, ohne daß dieser durch den hinzugefügten abweichenden Ort gerechtfertigt werden kann*).

Vorliegend hatte aber Beklagte der von ihr zur Warenbezeichnung gebrauchten klägerischen Firma nicht einmal ihren eigenen Wohnort (Kassel), sondern den Wohnort „Zwolle" hinzugefügt. Und diese Ortsbezeichnung war um so weniger geeignet, die Täuschung auszuschließen, als ja auch das klägerische Geschäft seine Abstammung aus Zwolle herleitet, und man daher die Bezeichnung: „Gebrüder Th., Zwolle" sehr wohl für identisch mit der Bezeichnung „Gebrüder Th., Osnabrück" halten konnte.

Auch die Berufung der Beklagten darauf, daß das Muttergeschäft zu Zwolle ihr die Benutzung seiner Firma gestattet, konnte ihr Verhalten nicht rechtfertigen. Denn jede etwaige Berechtigung hieraus erlosch jedenfalls, seitdem das Zwoller Geschäft nicht mehr bestand. Von diesem Augenblick an hat die Benutzung der Firma „Gebrüder Th." von Seiten der Beklagten nur noch die Bedeutung eines unberechtigten Gebrauchs der klägerischen Firma. Von der nicht gerade rühmlichen Übung in der deutschen „Tabaksbranche", die Tabake mit dem Namen erloschener ausländischer Firmen zu bezeichnen, kann man hiernach ganz absehen.

Daß endlich die Beklagte auch nicht dadurch ein Recht auf den Gebrauch der klägerischen Firma erlangte, daß sie die „Nachricht" mit der fraglichen Unterschrift als ihr Warenzeichen angemeldet hat, liegt auf der Hand. Denn diese Anmeldung war nach § 3 Abs. 2 des Gesetzes v. 30. Nov. 1874 unzulässig. Eine andere Frage würde sein, ob nicht der Beklagte die Firma: „Gebrüder Th. zu Zwolle", wenn sie Bestandteil eines wirklichen Warenzeichens geworden, und wenn die Beklagte dieses

*) Von dieser Ansicht ist auch, so viel ersichtlich, das ROHG. in dem oben mitgeteilten Falle (Bd. 6 Nr. 57) ausgegangen. Jedoch ist die Darstellung nicht ganz klar. — Auch die Äußerung von Hahn, Kommentar zum HGB. Art. 20 § 4, glaube ich in keinem abweichenden Sinne verstehen zu müssen.

Warenzeichen bereits vor dem Jahr 1875 in dauerndem Besitz gehabt (§ 9 d. Ges.), in dieser Bedeutung beizubehalten berechtigt sei. Mit dieser Frage hat aber der Gebrauch jener Firma als Unterschrift der „Nachricht“ nichts zu schaffen.

An dem Stand der Gesetzgebung dürfte es hiernach nicht gelegen haben, wenn der Klägerin der wider die mißbräuchliche Warenbezeichnung der Beklagten gebetene Schutz nicht zu Teil wurde.

Einen ähnlichen Charakter, wie die Entscheidung unter 9, tragen auch die Entscheidungen unter 10 und 11 an sich. Die Entscheidung 10 betont zunächst wieder, daß das Gesetz nur Schutz verleihe gegen den widerrechtlichen Gebrauch von Namen und Warenzeichen; eine Aktiengesellschaft aber keinen andern Namen habe, als ihre Firma. Nun mag es ja richtig sein, daß neben jenen Bezeichnungen auch noch andere Benennungen für Waren im Verkehr sich bilden können, gegen deren mißbräuchliche Benutzung durch § 13 kein Schutz gegeben ist. Wäre es z. B. üblich geworden, das Wasser des Apollinarisbrunnen „Ahrthaler Wasser“ zu nennen, so würde gegen die Benennung eines anderen Mineralwassers mit diesem Namen die fragliche Aktiengesellschaft auf Grund des § 13 keine Klage gehabt haben. Vielmehr würde nur in Frage kommen, ob nicht der Verkäufer solchen Wassers unter einem Namen, unter welchem man in Handel und Wandel ein anderes versteht, wegen Täuschung der Abnehmer, d. h. wegen Betrugs, verantwortlich zu machen sei. Vorliegend hatte aber der Beklagte seine Ware mit einem Namen bezeichnet, welcher ja dem Namen der klagenden Firma nicht völlig fremd gegenüberstand, welcher vielmehr bis auf eine geringe Abweichung mit dem Hauptworte in dem Namen der Firma zusammenfiel. Es war also hier gerade die, zugleich in Hinblick auf § 18 des Gesetzes zu beantwortende Frage gegeben, ob nicht ein Mißbrauch der Firma in Bezeichnung der Waren vorliege. Allerdings unterscheidet sich die vom Verklagten seinem Wasser gegebene Bezeichnung von dem Namen der Firma zunächst dadurch, daß letztere noch den Zusatz „vormals Georg Kreuzberg“ führt. Ein solcher Zusatz wird bei Wahl einer neuen Firma öfters mitaufgenommen, um sich möglichst die Kundschaft des früheren Geschäfts zu erhalten. Als die eigentliche Bezeichnung des Geschäfts pflegt dann aber doch der neu gewählte Namen zu gelten. Gerade in dieser Beziehung dürfte es nicht unerheblich sein, mit welchem Namen die Firma zur Kennzeichnung ihrer Ware im allgemeinen Verkehr genannt wird. Der Konsument wird das fragliche Wasser stets einfach unter dem Namen „Apollinarisbrunnen“ fordern. Und von denen, die das Wasser trinken, werden wohl die wenigsten wissen, daß die Firma überhaupt jenen Zusatz führt. Wenn dem aber so ist, so dürfte

auch im Sinne des Verkehrs die Benutzung des Hauptnamens der Firma unter Hinweglassung jenes Zusatzes auf eine Abänderung hinauslaufen, welche sich der gewöhnlichen Aufmerksamkeit entzieht und deshalb unter die Bestimmung des § 18 fällt. Jedenfalls würde es sehr bedenklich sein, wenn man jede Firma, welche einen solchen oder ähnlichen nebensächlichen Zusatz führt, bezüglich ihres Hauptnamens dem beliebigen Gebrauch eines jeden preisgeben wollte, sobald er nur jenen Zusatz wegließe.

Noch weniger kann es zur Rechtfertigung des Beklagten gereichen, daß er sein Wasser nicht „Apollinaris-“, sondern „Apollinisbrunnen“ genannt hat. Beides sind ausländische Worte, welche für die große Menge der Konsumenten kaum unterscheidbar sind. Es liegt nahe, die letztere Bezeichnung für eine bloße Abkürzung der ersteren zu halten. Auch in dieser Beziehung würde daher der § 18 zutreffende Anwendung gefunden haben. Da es in Deutschland nicht eben üblich ist, Brunnen nach römischen Göttern mit Flexion des Namens derselben in den Genitiv zu benennen, auch kein anderer Grund ersichtlich ist, durch welchen Beklagter zur Wahl jenes ungewöhnlichen Namens bestimmt worden sei, so liegt es auf der Hand, daß Beklagter diesen Namen nur gewählt habe, um das Publikum zu täuschen und die Reklame der Klägerin zu seinem Vorteil auszunutzen. Gerade für Fälle dieser Art hat aber — wie das Urteil unter 8 überzeugend ausführt — das Gesetz die Industrie schützen wollen, und es hätte ein solcher Schutz wohl auch der Klägerin zu teil werden dürfen.

Wie es komme, daß das erste Urteil des RG. zu einer Erörterung dieser Frage gar nicht gelangt, ist nicht ersichtlich. Sollte dabei das Urteil des ROHG. (Entsch. Bd. 4 Nr. 53) einen Einfluß geübt haben, so würde dabei zu bedenken sein, daß jenes Urteil unter der Herrschaft des Satzes stand, daß der Gebrauch einer fremden Firma zur Warenbezeichnung keinen zur Klage berechtigenden Mißbrauch enthalte. Dieser Satz hat aber jedenfalls durch § 13 des Ges. v. 30. Nov. 1874 seine Geltung verloren.

In dem späteren Urteil kommt dann das RG. auf die Frage zurück, ob nicht die Bezeichnung des Wassers mit dem Namen „Apollinisbrunnen“ einen Mißbrauch der klägerischen Firma enthalte, und es mißbilligt die Entscheidung der Vorinstanz, welche diese Frage unerörtert läßt. Es erachtet aber die eigene Beurteilung dieser Frage für ausgeschlossen durch die thatsächliche Feststellung der Vorinstanz, in welcher es eine Verneinung jener Frage findet. Diese Annahme entzieht sich natürlich weiterer Beurteilung.

Im Gegensatz zu den letztbesprochenen Entscheidungen macht die im 6. Bande der Reichsgerichts-Entscheidungen mitgeteilte Ent-

scheidung 12 wiederum einen durchaus wohlthuenden Eindruck. Der sehr verständige Schlußsatz klingt fast wie ein Protest gegen die in der Entscheidung 9 vertretene Richtung, welche auf die Entdeckung, daß das Gesetz doch nicht einen zureichenden Schutz gegen jede Täuschung gewähre, besondern Wert zu legen scheint.

Zum Schlusse kann ich mir nicht versagen, einige Bemerkungen vom legislativen Standpunkt aus beizufügen. Es ist unzweifelhaft eine Notwendigkeit, daß der Kaufmann einen feststehenden, seine Unterschrift kennzeichnenden Namen führe. Das ist die Firma. Das deutsche HGB. hat für die Firma im allgemeinen das „Prinzip der Wahrheit" aufgestellt, indem es vorschreibt, daß bei Neubegründung eines Geschäftes jeder Einzelkaufmann nur seinen bürgerlichen Namen, jede Handelsgesellschaft nur den Namen eines oder mehrerer ihrer Mitglieder gebrauchen dürfe. Das Gesetz hat aber dieses Prinzip nicht durchgeführt, indem es gestattet, daß bei bestehendem Geschäft die Firma vererbt und mit dem Geschäft veräußert werden könne. Daß die Kommission, welche das HGB. bearbeitete, diese Schranke einhielt, war sehr natürlich. Man würde durch das Gegenteil beim Handelsstand großen Anstoß erregt haben. Und für den Handelsstand wollte man ja das Gesetz schaffen*). Gleichwohl läßt sich zweifeln, ob es nicht besser gewesen wäre, auch in diesen Beziehungen dem „Prinzip der Wahrheit" Folge zu geben.

Es ist ja richtig, daß der Kaufmann, der ein Geschäft gegründet und dieses durch Umsicht, Fleiß und Redlichkeit in die Höhe gebracht hat, seinen Stolz und Ehrgeiz darein setzt, daß das Geschäft unter seinem Namen auch auf Kind und Kindeskind übergehe. Nicht minder mag der Sohn ein Gefühl der Pietät befriedigen, wenn er das Geschäft unter den Namen des Vaters fortführt. Der Besitz einer alten Firma gilt kaufmännisch für eine Ehrensache. Aber der Ehrenpunkt würde kaum durchschlagen, wenn nicht der Geldpunkt dahinter stände. Der Sohn, welcher das Geschäft unter der Firma des Vaters fortführt, will vor allem das von seinem Vater erworbene Vertrauen sich aneignen. Das Vertrauen aber ist für den Kaufmann ein Kapital. Könnte man daran zweifeln, daß die Fortführung der Firma ein Geldinteresse in sich trägt, so würde dieser Zweifel sich erledigen durch die Thatsache, daß bei Veräußerung von Geschäften die Firma, deren Mitverkauf das Gesetz gestattet, bar bezahlt zu werden

*) In der Kommission wurde wiederholt beantragt, zu gestatten, daß auch der Einzelkaufmann in seiner Firma den Zusatz „et Comp." führen dürfe, da ja das Prinzip der Wahrheit durch die Art. 22, 24 seine Spitze verloren habe. Sehr charakteristisch! (Prot. S. 911.)

pflegt, und zwar oft mit sehr beträchtlichen Summen. Solche Summen streut der Kaufmann nicht in den Wind. Er will dafür etwas erwerben. Und was er erwirbt, ist das Vertrauen, welches an der Firma haftet.

Nun ist es ja möglich, daß auch der neue Inhaber des Geschäfts das Vertrauen verdient. Es ist aber auch möglich, daß das nicht der Fall ist. Es ist eine nicht seltene Erfahrung, daß die Geschlechter auf- und abwogen; daß der tüchtige Vater einen minder tüchtigen Sohn und vielleicht einen entarteten Enkel hat. Beim Verkauf eines Geschäfts ist noch weniger Garantie gegeben, daß der persönliche Wert des Käufers und namentlich auch sein Vermögensbestand dem des Verkäufers entspricht. Die Persönlichkeit des Inhabers ist aber die Seele des Geschäfts. Wohl mögen bei einem Wechsel des Inhabers die Einrichtungen und Traditionen des Geschäfts noch eine Zeitlang fortwirken. Auf die Länge der Zeit wird aber die Persönlichkeit des Inhabers für den Wert des Betriebs den Ausschlag geben. Ein Geschäft verdient daher nur das Maß von Vertrauen, welches die Persönlichkeit seines Inhabers verdient. Zwar sorgt das Gesetz dafür, daß der hinter der Firma sich vollziehende Wechsel der Personen nicht gänzlich verborgen bleibe. Der Wechsel muß bei Gericht angezeigt, auch durch Zirkular den Geschäftsfreunden bekannt gemacht werden. Für die große Menge des Publikums aber bleiben diese Dinge unbekannt. Sie folgt blindlings dem Namen, den man in der Firma ihr entgegenhält. In dem Erwerb dieses blinden Vertrauens, welches an die Firma sich knüpft, liegt der Vorteil, den die Fortführung der Firma gewährt. Erreicht wird dieser Vorteil aber nur durch eine Täuschung des Publikums. Die Firma ist eine Maske, welche der neue Inhaber des Geschäfts sich vorbindet, um das Publikum glauben zu machen, der frühere Mann lebe in ihm fort. Wir finden dabei nichts Anstößiges, weil wir seit langer Zeit an diesen Vorgang gewöhnt sind. Träte er neu auf, so würden wir wohl anders darüber urteilen.

Die Beibehaltung der Firma hätte sich auch für das Publikum nutzbar machen lassen, wenn man den Rechtssatz aufgestellt hätte, daß jeder Inhaber der Firma ohne weiteres für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers hafte. Es würde darin auch nichts Unnatürliches gelegen haben. Gerade diesen Satz hat aber die Rechtsprechung des ROHG. von sich abgewiesen (siehe oben S. 93*). Darnach ist auch der Satz, daß jeder Kaufmann unter dem Namen seiner Firma belangt werden könne (Entsch. d. ROHG. Bd. 23 Nr. 35), ohne praktischen Wert. Denn wenn jemand eine Firma belangt, aber nicht mehr derselbe Mann, welcher das Rechts-

geschäft geschlossen, hinter derselben steht, so wird der Kläger abgewiesen*). Auch nur eine Täuschung!

In welchem Maße dann gar noch der Mißbrauch getrieben wird, daß Waren mit dem Namen ausländischer Firmen bezeichnet und so in Handel gebracht werden, tritt in den Verhandlungen des Rechtsfalls 9 klar zu Tage.

Aus diesem täuschenden Spiel, welches mit der Firma geübt werden darf, geht die Mehrzahl der häßlichen Prozesse hervor, welche über den Firmengebrauch geführt werden. Noch höher aber dürfte der nachteilige Einfluß zu veranschlagen sein, den jene Sitte auf den geschäftlichen Verkehr im allgemeinen übt. Wenn jemand durch den Erwerb einer Firma sich ein Vertrauen erkaufen kann, das er für seine Person kaum verdient, warum soll nicht ein Anderer, der dies vor Augen hat, auch auf Mittel und Wege sinnen, um durch irgend einen Kunstgriff sich ohne Verdienst Vertrauen zu erringen? In solchen durch Sitte und Gesetz privilegierten Täuschungen — deren es auch noch andere gibt — liegen die Keime des Schwindels, der heutzutage in unserem Geschäftsleben so üppig emporgewuchert ist.

Mag der Nachfolger in ein Geschäft die Vorteile genießen, welche die Benutzung der Einrichtungen, der Lokalitäten, der Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers naturgemäß mit sich bringt. Auch seine persönlichen Beziehungen zu dem frühern Inhaber mag er, soweit es angeht, verwerten. Keine Rechtfertigung aber trägt es in sich, daß man ihm gestattet, dies mittels einer Täuschung zu thun. Es würde keine Härte darin liegen, wenn man jeden Kaufmann, auch einen solchen, der ein bereits bestehendes Geschäft übernähme, verpflichtete, bei Zeichnung seiner Firma in erster Linie mit seinem eigenen Namen hervorzutreten. Daneben könnte man ihm gestatten, durch einen Zusatz die Person des Geschäftsgründers und seine persönliche Beziehung zu solchem zu bezeichnen. Damit würden alle berechtigten Interessen, welche an die Person des letzteren sich knüpfen, namentlich auch die der Pietät, vollauf befriedigt werden. Aber der Vorwurf der Täuschung würde hinwegfallen. Will man den Schwindel der Jetztzeit bekämpfen, so sollte man nicht scheuen, auch die ersten Keime zu beseitigen. Das Gesetz sollte unbedingt den Grundsatz aufstellen: im Geschäftsleben muß Wahrheit herrschen.

*) Entsch. d. RG. Bd. 6 Nr. 26.

XVI. Die Feststellungsklage.

(§ 231 CPO.)

1. Eine Klage, dahin gerichtet, die Beklagte zu verurteilen, anzuerkennen: „daß Kläger innerhalb der Konzeptionszeit ihres Kindes nicht den Beischlaf mit ihr vollzogen habe“ und „daß er nicht der Vater ihres am 29. Sept. 1876 geborenen Kindes sei“, ist in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen vom RG. (Sen. 4) zurückgewiesen; der erste Antrag, weil er nicht auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, sondern einer Thatsache gerichtet sei, das Gesetz aber nur Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses gestatte; der zweite Antrag, weil dieses Rechtsverhältnis und die daraus hergeleiteten Ansprüche bereits in einem Vorprozesse, umgekehrten Rubrums, zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht seien und dort auch darüber erkannt sei. Hiernach fehle für den Kläger das Interesse, das Rechtsverhältnis „alsbald feststellen“ zu lassen.

Urt. v. 18. Okt. 1880 i. S. Robra w. Jäger.

2. Kläger erhob wider die hamburgische Steuerdeputation Feststellungsklage, worin er die Gültigkeit eines hamburgischen Einkommensteuergesetzes auf Grund des § 3 des RGes. v. 13. Mai 1870 bestritt. Er beantragte daher, festzustellen, daß er nicht verpflichtet sei, die hamburgische Einkommensteuer zu zahlen von seinem Einkommen aus Dividenden auswärtiger Aktiengesellschaften, desgleichen aus seinen Gewinnanteilen von auswärtigen Rhedereien. Das LG. wies die Klage ab, weil es bezüglich der ersten Besteuerung die Voraussetzungen der Feststellungsklage nicht für gegeben, bezüglich der zweiten Besteuerung aber die Steuerpflicht des Klägers für begründet hielt. Es bezeichnete deshalb in der Urteilsformel die Klage in erster Beziehung als angebrachtermaßen, in letzterer als endgültig abgewiesen. Das OLG. verwarf die Berufung, gründete diese Verwerfung aber auch bezüglich der Aktiendividenden nur darauf, daß es an den Voraussetzungen der Feststellungsklage fehle. Die Urteilsformel ließ es ungeändert. Bei der hiergegen erhobenen Revision machte Kläger u. a. geltend, daß hier ein Widerspruch zwischen der Entscheidung und den Gründen vorliege. Bezüglich dieses Punktes erkannte das RG. (Sen. 1):

Das Bedenken erledigt sich einerseits dadurch, daß man immerhin die erfolgte Zurückweisung der Berufung aus den Gründen als eine Abänderung des ersten Urteils auslegen könnte...; andererseits dadurch, daß das Urteil des LG. gar nicht die ihm zugeschriebene weiterreichende Rechtskraft ausüben würde. Denn entschieden ist vom LG. nur so viel, daß die negative Feststellungsklage nicht begründet sei. Zwar stellen die Entscheidungsgründe das Recht des Beklagten auch positiv fest; aber diese haben nach § 293 Abs. 1 der CPO. an der Rechtskraft keinen Teil. Um eine Entscheidung dieses Inhalts herbeizuführen, hätte die Beklagte widerklagend eine positive Feststellungsklage anstellen müssen.

Auch im übrigen wies das RG. die Revision zurück aus folgenden Gründen:

Es ist gar kein Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Klage zur Entscheidung stellt. Vielleicht wäre ein solches anzunehmen, wenn das Einkommensteuergesetz auf eine längere Reihe von Jahren oder für immer erlassen wäre. Da aber die Einkommensteuer formell nur für ein Jahr bewilligt war und wieder bewilligt ist, so betrifft der Streit nicht ein Rechtsverhältnis, sondern nur die allgemeine Rechtsfrage, wie sich das Rechtsverhältnis der Steuerpflicht des Klägers künftig gestalten würde, falls wieder das gleiche Gesetz gelten sollte. Dies ist aber kein Gegenstand für eine Feststellungsklage. Mit Unrecht wendet Kläger ein, es stehe doch ein Rechtsverhältnis insofern in Frage, als es sich darum handle, ob der hamburgische Staat trotz des § 3 des RGes. v. 13. Mai 1870 befugt sei, den Kläger so, wie geschehen, zu besteuern. Diese Frage würde, als ein rein publizistisches Rechtsverhältnis betreffend, zur Austragung im Rechtswege durchaus ungeeignet sein.

Urt. v. 11. Febr. 1882. Entsch. d. RG. Bd. 6 Nr. 119.

3. Wider ein Ehepaar, dessen Güterverhältnis durch Wechsel des Wohnsitzes zweifelhaft geworden war, erhob Kläger Klage auf eine Schuld, welche die beklagte Ehefrau bei ihm kontrahiert hatte, mit dem Antrag, die Ehefrau zur Zahlung dieser Schuld zu verurteilen, den Ehemann aber für schuldig zu erkennen, die Exekution wegen dieser Schuld in das Vermögen seiner Ehefrau zu gestatten. Das Berufungsgericht verurteilte beide Beklagte klagentsprechend. Das RG. (Sen. 3) wies die Revision der beklagten Ehefrau zurück, hob dagegen das dem Manne gegenüber ergangene Urteil auf, aus folgenden Gründen:

Die Feststellungsklage setzt ein festzustellendes Rechtsverhältnis und ein rechtliches Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung desselben voraus. Ist es nun schon zweifelhaft, ob zwischen dem Kläger und dem Ehemann seiner Schuldnerin irgend ein Rechtsverhältnis existiert, so fehlt jedenfalls das obgedachte Interesse des Klägers. Denn der Beklagte hat dem eventuellen Anspruch des Klägers auf Exekution wegen seiner Forderung bis jetzt keinen Widerspruch entgegengesetzt; er hat nur an dem Bestreiten der Forderung sich beteiligt; wie er aber, wenn diese Forderung feststeht, sich verhalten wird, ist ungewiß. Es ist deshalb ein ausreichendes Interesse nicht vorhanden, den bloß möglichen Widerspruch des Ehemanns durch eine Feststellungsklage zu beseitigen. Auch ist zur Zeit noch ungewiß, ob die beklagte Ehefrau eigenes Vermögen besitzt, ob also überhaupt die Veranlassung und faktische Grundlage für das Verlangen, welches Kläger festgestellt wissen will, vorhanden ist.

Urt. v. 7. März 1882. Entsch. d. RG. Bd. 6 Nr. 123.

4. Ein früher kurhessischer, jetzt preußischer Beamter nahm für den Fall seines Ablebens für seine Ehefrau, mit welcher er sich erst im Jahre 1876 verheiratet hatte, die durch die kgl. Verordn. v. 6. Mai 1867 den Witwen der in preußischen Dienst übergetretenen kurhessischen Beamten zugesicherte, dem kurhessischen Gesetz entsprechende Pension in Anspruch. Auf eine desfallsige Eingabe an die höchste Verwaltungsstelle war er abschlägig beschieden worden. In Gemeinschaft

mit seiner Ehefrau erhob er gegen den Fiskus Feststellungsklage dahin, daß im Falle seines Todes seine Ehefrau die fragliche Pension zu beziehen habe.

Die 1. Instanz verurteilte; die 2. wies die Klage ab. Das RG. (Sen. 3) stellte das erste Urteil im wesentlichen wieder her.

Das Recht des Klägers als kurhessischer Beamter auf die seinen Hinterbliebenen zu leistende gesetzliche Pension war zur Zeit seines Übertritts in preußische Dienste bereits erworben. Diesen Anspruch hat auch die kgl. Verordn. v. 6. Mai 1867 anerkannt, indem sie auch den zukünftigen Witwen und Waisen der übergetretenen Beamten Pensionen in der Höhe desjenigen Betrages zusichert, welchen sie erhalten haben würden, wenn ihr Ehegatte zur Zeit des Inkrafttretens der Verordnung gestorben wäre. An diesen vorbehaltenen Ansprüchen, mit welchen der Beamte in den preußischen Dienst eingetreten ist, partizipiert die Ehefrau, ohne Unterschied, ob ihre Verehelichung vor oder nach 1867 erfolgt ist. Wollte man dies nicht anerkennen, so müßte auch den nach 1867 geborenen Kindern eines vormals kurhessischen Beamten, selbst wenn sie aus einer vor 1867 geschlossenen Ehe stammen, der Anspruch auf Pension versagt werden. Sicher hat die Verordnung von 1867 das nicht gewollt. Pensionberechtigt ist derjenige, welcher im Augenblicke des Todes zu dem Verstorbenen in demjenigen Verhältnisse steht, an welches das Gesetz die Berechtigung knüpft. — Über die Zulässigkeit der Feststellungsklage wird dann gesagt:

„Allerdings ist der Anspruch ein betagter und bedingter, betagt durch den künftigen Todesfall des Klägers und bedingt dadurch, daß dieser Tod vor dem Tode der Mitklägerin eintritt. Allein durch den § 231 der CPO. ist die frühere Kontroverse zweifellos dahin entschieden, daß auch auf Feststellung von Rechtsverhältnissen geklagt und diese Klage auch bei bedingten und betagten Forderungen erhoben werden kann. Aus der Möglichkeit, daß nach der richterlichen Feststellung eines Streitverhältnisses Umstände eintreten könnten, welche auf die nachfolgende sachliche Leistung von Einfluß sind, kann nicht die Unstatthaftigkeit der gegenwärtigen Klage gefolgert werden. Das Schutzmittel hiergegen besteht darin, daß Einreden, welche erst nach eingetretener Rechtskraft des Urteils entstehen, jeder Partei vorbehalten sind. Das durch § 231 der CPO. erforderte rechtliche Interesse der Kläger ist schon deshalb anzunehmen, weil ohne die Anstellung der vorliegenden Klage das Präjudiz des § 1 des preuß. Ges. v. 24. Mai 1861 gegen die Kläger zur Anwendung kommen würde.

Hiernach ist das Urteil der 1. Instanz der Sache nach zu bestätigen. Den Tenor seines Urteils hat der erste Richter dahin formuliert, daß er die Beklagte schlechtweg zur Zahlung des klägerischerseits beanspruchten Pensionsbetrags — in bedingter Weise — verurteilte. Es entspricht aber dem Ergebnis einer Anerkennungsklage nicht, daß das Urteil auf eine sachliche Leistung lautet und damit ein vollstreckbarer Schuldtitel zu sein scheint. In Erwägung dessen war der Tenor des diesseitigen Urteils auf die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses zu beschränken."

Urt. v. 6. Juli 1880 i. S. Landgrebe w. Fiskus.

5. Nach lippe'schem Landesgesetz steht in dem Falle, wo eine Ehefrau den ihr gehörigen Meierhof ihrem Manne zugebracht, dem letzteren die vollständige Verwaltung und Vertretung aller Rechte seiner Frau an deren Stelle zu. Jedoch sind zur Veräußerung des Hofes nur beide Eheleute gemeinschaftlich berechtigt.

Der Ehemann der Klägerin hatte mehrere Theile des ihm zugebrachten Meierhofs verkauft. Die Klägerin stellte gegen den Käufer Klage an auf Herausgabe der Grundstücke, event. auf Feststellung ihres Eigentums an denselben. Der Beklagte bestritt die Klage und erhob Widerklage auf Anerkennung seines Eigentums. Die 1. Instanz wies die Klage auf Herausgabe ab, stellte aber nach der eventuellen Klage das Eigentum der Klägerin fest. Die 2. Instanz wies auch die Feststellungsklage ab, da der Ehefrau jede Befugnis, die ihr an dem Hofe zustehenden Rechte in eigener Person auszuüben, gesetzlich entzogen sei. Das RG. (Sen. 3) änderte diese Entscheidung ab.

Daraus, daß das materielle Eherecht der Ehefrau für die Dauer der Ehe die Ausübung ihrer meisten Vermögensrechte entzieht und dieselbe ihrem Ehemann überträgt, kann nicht gefolgert werden, daß die Ehefrau nicht befugt sei, eine von ihrem Ehemanne vorgenommene Überschreitung seiner Befugnisse insoweit geltend zu machen, als dies ohne einen Übergriff in seine Befugnisse ausführbar ist. Die angefochtene Entscheidung verletzt daher den § 231 der CPO. Die Klägerin ist prozeßfähig. Die Berechtigung zur Anstellung der nach § 231 zulässigen Klage kann einer prozeßfähigen Person, soweit ihre materiellrechtlichen Befugnisse reichen, durch das Landesrecht nicht entzogen werden. Die Feststellungsklage geht aber über den Umfang der gegenwärtigen materiell-rechtlichen Befugnisse der Klägerin nicht hinaus.

Urt. v. 15. März 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 103.

6. W. R. zu Harburg hatte zwei ihm zustehende Forderungen am 17. Jan. 1880 dem Kläger W. cediert. Die Anzeige von der Cession an den Schuldner war angeblich erst am 8. Febr. erfolgt. Auf Antrag des Beklagten H. waren die nämlichen Forderungen am 13. bzw. 24. Jan. 1880 durch das Vollstreckungsgericht gepfändet worden. Die Zustellung dieser Verfügung an den Schuldner war am 19. bzw. 29. Jan. geschehen. W. erhob hierauf Klage wider H. mit dem Antrage: „den Beklagten zu verurteilen, den Kläger als Eigentümer vel quasi der fraglichen Forderungen anzuerkennen und die geschehene Pfändung aufzuheben“. Die klaggemäße Verurteilung der Vorinstanzen ward vom RG. (Sen. 3) bestätigt.

Der Einwand des Revisionsklägers, es habe die Klage nur auf Feststellung des Rechtsverhältnisses in Gemäßheit des § 231 der CPO. gerichtet, dagegen eine Verurteilung zur Aufhebung der geschehenen Pfändung nicht ausgesprochen werden dürfen, ist nicht begründet. Der Zweck der Klage ist nicht bloß Feststellung des auf die Cession gestützten klägerischen Rechtes an den Forderungen, sondern auch Beseitigung der auf Betreiben des Klägers verfügten Pfändung an solchen. Daß dieser Zweck nicht durch die in Gemäßheit des § 231 zulässige Klage, mit welcher sachliche Ansprüche aus dem festgestellten Rechtsverhältnisse

nicht geltend gemacht werden können, nicht erreicht werden kann, ist zweifellos. Die Klage auf Aufhebung der Pfändung ist aber auch zulässig. Die Vorschrift des § 690 der CPO., wonach ein Dritter, dem an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage geltend zu machen hat, bezieht sich auch auf den vorliegenden Fall. Hat auch der Cessionar kein Eigentum an der ihm abgetretenen Forderung, weil man von Eigentum an einer Forderung im eigentlichen Sinne nicht reden kann, so hat doch der Cessionar zweifellos ein Recht, daß nicht ein unberechtigter Dritter über die zu seinem Vermögen gehörige Forderung verfüge. Sind daher durch die Cession die Forderungen in das Vermögen des Klägers übergegangen, so ist er durch die nach erfolgter Cession verfügte Pfändung derselben verletzt und die Klage zulässig.

Die Entscheidung der Vorinstanz ist aber auch sachlich zu billigen, da die Cession an den Kläger am 17. Jan. 1880, die Pfändung für den Beklagten aber, welche nach § 730 der CPO. mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner als bewirkt gilt, erst am 19. bzw. 29. Jan. erfolgt ist.

Die in der gemeinrechtlichen Doktrin sehr bestrittenen Fragen (folgt die Aufzählung einer Reihe bestrittener Fragen der Cessionslehre) können hier dahingestellt bleiben. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß nach heutigem Recht der Übergang des abgetretenen Forderungsrechtes auf den Cessionar mit dem Akte der Cession sich vollzieht, und daß die Denunziation nur von Bedeutung ist für die Befugnis des Schuldners, an den ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung zu zahlen.

Urt. v. 8. März 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 32.

7. Sp. hatte an F. sein Haus verkauft und die Hälfte des Kaufpreises erhalten. In einer wider den Kurator des Nachlasses des inzwischen verstorbenen F. angestellten Klage behauptete er, daß er sich bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises das Eigentum an dem Hause vorbehalten, und bat um Feststellung, daß ihm am fraglichen Hause das Eigentum zustehe. Die 1. Instanz wies die Klage ab; die 2. gab der Klage statt, für den Fall, daß der Eigentumsvorbehalt durch Eid festgestellt werde. Das RG. (Sen. 3) erkannte zwar die Passivlegitimation des Nachlaßkurators mit Beziehung auf das in Doktrin und Praxis mehr und mehr anerkannte praktische Bedürfnis, sowie in Hinblick auf § 220 der CPO. an. Die Feststellungsklage aber wies es aus folgenden Gründen ab.

Das OLG. verkennt nicht, daß der Kläger in der Lage ist, seine vermeintlichen Ansprüche durch eine Klage geltend zu machen, glaubt aber, es könne seine Aufgabe nicht sein, die Gründe darzulegen, aus welchen er es unterlassen habe, auf Erfüllung, also auf vollständige Zahlung des fälligen Kaufpreises oder Rückgabe des Kaufgegenstandes zu klagen, da der § 231 der CPO. für den Fall, wo der Anspruch fällig sei, nicht vorschreibe, „daß der Kläger weitere Stundung nicht gewähren, sich mit der bloßen Anerkennung seines Rechtes nicht be-

gnügen dürfe, sondern mehr verlangen müsse, und auf Erfüllung klagen könne". Und weiter nimmt der Gerichtshof auch an, daß das rechtliche Interesse des Klägers für die alsbaldige Feststellung sich nicht bestreiten lasse, weil das behauptete Rechtsverhältnis selbst, dessen Grundlage (das pactum reservati dominii) durchaus bestritten, nicht einmal durch eine Privaturkunde festgestellt worden.

Damit gibt die Vorinstanz der Feststellungsklage eine unzulässige Ausdehnung. Die CPO. hat es zweifellos nicht in die Willkür des Klägers stellen wollen, dem Hauptprozeß einen Vorprozeß zur Feststellung des in seinen Grundlagen streitigen Rechtsverhältnisses vorausgehen zu lassen und so den Beklagten unnötig wiederholt in einen durch die Instanzen hindurchgehenden Prozeß zu verwickeln. Denn sie läßt die Feststellungsklage nur zu, wenn ein rechtliches Interesse auf alsbaldige Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses nachweisbar ist. Sie gibt zwar auch zur Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde die Klage, wenn für die sofortige Feststellung ein rechtliches Interesse vorliegt. Aber nicht gewährt sie jedem Forderungsberechtigten die Befugnis, den Mangel einer Urkunde durch richterliche Feststellung der bestrittenen Grundlage des Rechtsverhältnisses zu ersetzen. Und das Bestrittensein eines Rechtsverhältnisses reicht zweifellos keineswegs aus, um unter allen Umständen das rechtliche Interesse für die sofortige Feststellung klarzustellen. Am wenigsten aber kann davon die Rede sein, wenn, wie hier, der Kläger in der Lage ist, seine vermeintlichen Ansprüche sofort geltend machen zu können. Und selbst wenn man zugeben wollte, auch in solchem Falle sei die Möglichkeit nicht unbedingt ausgeschlossen, daß für den Kläger dennoch ein rechtliches Interesse auf sofortige Feststellung bestehen könne, welches es genügend rechtfertige, daß er der Hauptklage die Feststellungsklage vorausgehen lasse, so läßt es sich doch in keiner Weise verkennen, daß es Aufgabe des Klägers wäre, die Gründe darzulegen, auf die er sein ihn zur Erhebung der Feststellungsklage berechtigendes rechtliches Interesse glaubt stützen zu können. An einer solchen Darlegung hat Kläger es gänzlich fehlen lassen und die 1. Instanz hat daher mit Recht die erhobene Klage auch in ihrer Richtung als Feststellungsklage abgewiesen.

Urt. v. 3. Mai 1881 i. S. Speyer w. Fink'schen Kurator. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 130.

8. In einer Sache, wo die nämliche Frage zur Erörterung kam, erkannte das RG. (Sen. 2):

Der § 231 der CPO. knüpft die Zulässigkeit der Feststellungsklage, welche eine Ausnahme von der Regel bildet, daß jede Klage auf eine praktisch wirksame und vollziehbare Verurteilung des Beklagten gerichtet sein muß, an die Bedingung, daß ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses vorliegt. Ist nun der Gläubiger in der Lage, die Klage auf eine bestimmte Leistung anzustellen, so wird, wie mit dem OLG. anzunehmen, in den bei weitem meisten Fällen wenigstens, ein solches Interesse fehlen. Jedoch kann auch unter jener Voraussetzung das Sachverhältnis des einzelnen Falles so geartet sein, daß die prozessualische

Lage des Gläubigers wesentlich erschwert wäre, wenn er die Leistungsklage anstellen und z. B. mit einem weitläufigen Beweisverfahren durchführen müßte, während er mit der Feststellungsklage ebenso zur Befriedigung seines praktischen Interesses gelangen würde. Die Annahme nun, daß auch in einem solchen Falle durch den Umstand, daß die Anstellung der ersteren statthaft sei, diese letztere als ausgeschlossen erachtet werden müßte, findet in dem Gesetze keine genügende Unterstützung. Ob aber ein ausreichendes Interesse in jenem Sinne vorliege, was der Kläger näher darzuthun hat, ist Sache wesentlich thatsächlicher Beurteilung.

Urt. v. 27. Mai 1881 in S. Stidler w. Schmitz.

Die Erhebung einer Klage bei Gericht erfordert zweierlei: die Darlegung eines Rechtes, welches dem Kläger wider den Beklagten zusteht, und die Darlegung eines Interesses, weshalb der Kläger zum Schutz dieses Rechts den Richterspruch anruft. Nach der früheren, lange Zeit herrschenden Ansicht wurde dieses Interesse nur darin gefunden, daß der Beklagte das klägerische Recht bereits reell verletzt habe. Die Bitte des Klägers hatte sich daher auf Beseitigung dieser reellen Verletzung zu richten. Dem entsprach auch das richterliche Urteil. Es stellte das klägerische Recht fest und verurteilte den Beklagten zur Beseitigung der geübten Rechtsverletzung. Leistete der Beklagte nicht freiwillig Folge, so knüpfte sich an die Verurteilung die gerichtliche Hilfsvollstreckung. Dagegen hielt man ein Urteil, welches *lediglich* das klagbar gemachte Recht feststellte oder eine Verurteilung zur Ausschließung *künftiger* Rechtsverletzungen aussprach, für unzulässig. Zwar erachtete man, namentlich auf die Autorität von *Savigny* hin, in dem Falle, wo das klagbar gemachte Recht der Ausfluß eines umfassenderen Rechtsverhältnisses war, in der Verurteilung zur Beseitigung der einzelnen Rechtsverletzung zugleich eine Feststellung des gesamten Rechtsverhältnisses für gegeben. Klagte aber jemand lediglich auf Feststellung eines solchen Rechtsverhältnisses, so wies man ihn damit zurück. Zwar hielt man für zulässig, wenn auch nur eine einzige reelle Rechtsverletzung in der Gegenwart vorlag, zugleich eine Verurteilung zur Abwendung weiterer, in der Zukunft liegender Rechtsverletzungen auszusprechen. An die konfessorische und negatorische Klage durfte die Bitte geknüpft werden, daß der Beklagte die Ausübung der Dienstbarkeit in Zukunft zu gestatten oder zu unterlassen habe, und die dieser Bitte entsprechende Verurteilung hatte zur Folge, daß in jedem Falle der Zuwiderhandlung Kläger sofort die Hilfsvollstreckung — Androhung und Zuerkennung von Strafe — beanspruchen durfte. Die Klage auf Alimente oder ähnliche Leistungen durfte dahin gerichtet werden, daß Beklagter auch in Zukunft die Alimente zu leisten habe, und

die dieser Bitte entsprechende Verurteilung hatte die Folge, daß bei Eintritt eines jeden Fälligkeitstermins Kläger die Hilfsvollstreckung nachsuchen konnte. Klagte aber jemand, ohne daß eine Leistung bereits fällig war, auf zukünftige Leistungen, so wurde, mochte die Verweigerung dieser Leistungen auch noch so gewiß in Aussicht stehen, die Klage zurückgewiesen. So bewegte sich die Praxis in einer Reihe von widerspruchsvollen Zufälligkeiten. Namentlich aber war derselben das umfangreiche Gebiet, innerhalb dessen das röm. Recht in der Form einer Klage auf Kaution*) oder Liberation auch die Abwendung künftiger Schädigungen zum Gegenstand der Rechtsverfolgung zu machen gestattete, fast gänzlich verloren gegangen. Der Grund dafür lag im wesentlichen darin, daß man für die Bedeutung der Rechtssicherheit als eines wichtigen Faktors unseres Rechtslebens keinen genügenden Sinn hatte. Damit war auch das Verständnis verloren gegangen für diejenigen Institutionen — Vertrag sowohl als Judikat — welche lediglich diesem Interesse zu dienen bestimmt sind.

In neuerer Zeit hat man wissenschaftlich darzulegen gesucht, daß auch dann schon der Anspruch auf einen Richterspruch begründet sei, wenn jemand ein rechtliches Interesse dabei hat, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines ihn berührenden Rechtes sichergestellt zu werden. In diesem Falle bildet die Bestreitung oder Nichtanerkennung des Rechts von Seiten des Gegners die zur Klage berechtigende Rechtsverletzung**) Eine solche Rechtsverletzung begründet die Klage auf Anerkennung oder — da diese in dem Ausspruch des Richters einen genügenden Ersatz findet — auf Feststellung des Rechtsverhältnisses. Wie jeder neue Gedanke wurde freilich auch dieser von einem Teil des Juristenstandes entschieden bekämpft. Die deutsche CPO. aber hat ihm zum Siege verholfen.

Zuvörderst hat dieselbe durch § 293 mit der unrichtigen Lehre gebrochen, daß durch die Zusprechung einer einzelnen Leistung das gesamte Rechtsverhältnis, welchem diese Leistung entfließt, ohne weiteres rechtskräftig festgestellt werde***). Infolge dieser

*) Das Wort ist hier im römisch-rechtlichen Sinne zu nehmen. In unserer Volkssprache ist für das Wort „Kaution" der Begriff einer prozessualischen Sicherung ganz verloren gegangen, und man denkt dabei nur an eine materielle Sicherstellung.

**) Hiervon ausgehend hat man in § 231 CPO. unterlassen, zu sagen: es könne „auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung" geklagt werden (Motive S. 185).

***) Es war eine eigentümliche Erscheinung, daß diese Lehre mitunter gerade von solchen am eifrigsten verteidigt wurde, welche die Zulassung selbständiger Feststellungsklagen am eifrigsten bekämpften. Ihre Lehre war also die: wenn jemand eine res judicata über ein Rechtsverhältnis sich erbittet, so wird zurückgewiesen. Klagt er aber die geringste Leistung daraus ein, so erhält er eine res judicata, ohne daß er es weiß und will. Lag darin wohl juristische Weisheit?

Lehre konnte den Beteiligten eine Rechtskraft zuwachsen, ohne daß sie es wollten oder daran dachten. Ein nur für geringe Summen zuständiges Gericht konnte unversehens in die Lage kommen, ein Rechtsverhältnis festzustellen, welches einen seine Zuständigkeit weit übersteigenden Wert repräsentierte. Kontumazialurteile konnten eine Bedeutung gewinnen, welche derjenige, der sie gegen sich hatte ergehen lassen, gar nicht ahnte. In richtiger Erkenntnis der wahren Bedeutung der Rechtskraft bestimmt der § 293, daß Urteile nur insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über den klagbar gemachten Anspruch entschieden ist. Soll über das gesamte streitig gewordene Rechtsverhältnis ein rechtskräftiger Ausspruch ergehen, so bedarf es dazu eines besondern Antrags, welcher nach § 253 auch noch im Laufe des Prozesses sowohl vom Kläger als vom Beklagten gestellt werden kann. Damit ist das praktische Bedürfnis voll befriedigt.

Aber auch abgesehen von diesem Falle ist das Recht einer Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, falls nur Kläger ein rechtliches Interesse dabei hat, durch § 231 prinzipiell anerkannt. Und es lohnt sich zu untersuchen, was für eine Natur diese Klage habe, in welchem Verhältnis namentlich dieselbe zu den übrigen aus dem nämlichen Rechtverhältnis entspringenden Klagen stehe.

Wir müssen hier zunächst die Fälle besprechen, in welchen dem Kläger neben der Feststellungsklage eine andere Klage aus dem Rechtsverhältnis überhaupt nicht zusteht.

Dahin gehört der Fall, wo jemand auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhebt. Das bisherige Recht kannte eine solche nur in der Form der negatorischen Klage. Jetzt ist eine solche Klage, das erforderliche Interesse vorausgesetzt, allgemein gegeben. Natürlich kann sie nur erhoben werden, mit Beziehung auf bestimmte vom Gegner erhobene Ansprüche oder auf Thatsachen, welche scheinbar ein Recht des Gegners begründen, sei es nun, daß Kläger behauptet, daß das vermeinte Recht niemals entstanden, oder daß es bereits wieder aufgehoben sei. In diesem Sinne ersetzt die Feststellungsklage die früheren Provokationen zur Klage. Aber sie hat vor diesen den großen Vorzug, daß sie die streitige Frage in einem Prozesse erledigt, während die Provokation stets einen Doppelprozeß zur Folge hatte. — Eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist auch die Klage auf Quittung (s. oben S. 37).

Ein anderer Fall, in welchem die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses mit keiner anderen Klage zwischen den nämlichen Parteien zusammentrifft, ist der, wenn mehrere Forderungs-

prätendenten über die Frage, wem von ihnen eine bestimmte Forderung zustehe, streiten. Diese Klage ist dadurch zu einem dringenden Bedürfnis geworden, daß infolge der enormen Entwickelung, welche die Cession der Forderungen in ihren mannigfachen Erscheinungsformen im heutigen Verkehrsleben gewonnen hat, die Frage, wer auf eine Forderung berechtigt sei, sehr häufig streitig wird; diese Frage aber gerechterweise nicht dem unbeteiligten Schuldner gegenüber, sondern nur zwischen den Forderungsprätendenten unter einander ausgetragen werden kann. Auch das bisherige Recht gestattete einen solchen Austrag, sobald einer der Forderungsprätendenten gegen den Schuldner Klage erhoben hatte, in der Form einer von dem anderen zu erhebenden Zwischenklage. Die Feststellungsklage gewährt die Möglichkeit, auch im Wege selbständiger Klagerhebung den Streit ohne Heranziehung des Schuldners zum Austrag zu bringen. Zweck dieser Klage ist, für die Verfolgung des Anspruchs dem Schuldner gegenüber (die Sachlegitimation) eine unzweifelhafte Grundlage zu gewinnen. Hat ohne diese Grundlage einer der Forderungsprätendenten gegen den Schuldner Klage erhoben, so gewährt letzterem das Gesetz (§ 72) die Befugnis, durch Streitverkündung den Streit über die Sachlegitimation auf den anderen Forderungsprätendenten überzuleiten, während er selbst aus dem Prozesse ausscheiden darf, sobald er den geschuldeten Betrag hinterlegt.

Fragen wir nach der Natur dieser zwischen zwei Forderungsprätendenten zu verhandelnden Feststellungsklage, so gründet sie sich auf das Recht an der Forderung, diese als Verkehrsgegenstand gedacht. Sobald wir aber einen Gegenstand als im Verkehr befindlich betrachten, erwächst das Bedürfnis, Rechte an demselben zu konstruieren, die den Rechten an Sachen analog sind. Demgemäß redeten auch bereits die Römer von einem „Pfandrecht“, von einem „Nießbrauch“ an einer Forderung. In gleichem Sinne können wir unbedenklich auch von dem „Eigentum“ an einer Forderung reden. Wir haben gar keinen anderen Namen dafür, um die ausschließliche Berechtigung des Einen, im Gegensatz zu der des Anderen, an einer Forderung zu bezeichnen. Die auf das Recht an der Forderung gerichtete Feststellungsklage ist hiernach eine quasi-dingliche Klage, analog der konfessorischen oder negatorischen Klage des Sachenrechtes*).

In den meisten und wichtigsten Fällen wird aber die Feststellungsklage einen später durch Leistung zu verwirklichenden Anspruch des Klägers zum Gegenstand haben. Offenbar haben die

*) Vgl. Bähr „Zur Cessionslehre“ in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 485. — Siehe auch Entsch. d. RG. Bd. 7 Nr. 126.

Schlußworte des § 231 — „alsbald festgestellt werde" — gerade diesen Fall vor Augen. Jener Anspruch kann dinglicher Natur sein; z. B. wenn Kläger Feststellung seines Eigentums an einer Sache begehrt, bezüglich deren er dem besitzenden Beklagten zur Zeit noch ein Recht auf den Besitz zuerkennt. Noch häufiger wird es ein noch nicht fälliger persönlicher Anspruch sein, welcher zur Feststellungsklage Veranlassung gibt. In diesen Fällen nun handelt es sich darum, die Bedeutung der Feststellungsklage, namentlich im Verhältnis zu der Klage auf die reelle Leistung, richtig zu erkennen.

Wir pflegen heute sämtliche Thatsachen, welche zur Begründung einer Klage erforderlich sind, unter dem Namen des „Klaggrundes" zusammenzufassen. In Wirklichkeit aber haben diejenigen Thatsachen, welche das der Klage zu Grunde liegende Recht begründen, und diejenigen, welche zur Darlegung der die Klage veranlassenden Verletzung dienen, eine ganz verschiedene Natur. Die ersteren Thatsachen, welche den Klaggrund im engeren Sinne bilden, müssen bereits zur Zeit der Klaganstellung vorhanden sein, und ein Wechsel in denselben ist prozessualisch unstatthaft. Die Thatsachen, welche die Verletzung ausweisen, sind dagegen mehr zufälliger Natur, und der richterliche Ausspruch ist auch dann gerechtfertigt, wenn sie erst im Laufe des Verfahrens eintreten. Belege hierfür liefert bereits das röm. Recht*); und der deutsche Prozeß gibt keine Veranlassung, von den dort ausgesprochenen Grundsätzen abzuweichen. Wer als Besitzer einer Sache belangt wird, ist zu verurteilen, auch wenn er den Besitz, dessen Vorenthaltung die Verletzung des Klägers bildet, erst im Laufe des Verfahrens erlangt hat**). Wer aus einer Hinterlegung belangt wird, ist zu verurteilen, auch wenn erst im Laufe des Verfahrens das Hindernis, welches der Rückgabe der Sache im Wege stand, sich beseitigt***). Wer aus einem Auftrag zur Vereinnahmung von Geldern belangt wird, ist zu verurteilen, auch wenn er erst im Laufe des Verfahrens die Gelder eingenommen†). Es läßt sich daran folgender nicht selten vorkommende Fall anknüpfen. In denjenigen Obligationsverhältnissen, in welchen der Schuldner nicht an einem festen Tage die Leistung zu bringen hat, wird die Rechtsverletzung erst begründet durch die Mahnung.

---

*) Savigny Syst. Bd. 6 § 263 behandelt diese Fälle unter der Bezeichnung „Faktische Verhältnisse". Genauer bezeichnet sind es die Verhältnisse, welche nicht das Recht, sondern die Verletzung des Rechtes ausweisen.

**) l. 27 § 1 D. de R. V. 6, 1; l. 18 § 1 D. de H. P. 5, 3; l. 7 § 4 D. ad exhib. 10, 4; l. 30 pr. D. de pec. 15, 1.

***) l. 1 § 21 D. depos. 16, 3.

†) l. 17 D. mand. 17, 1.

Wer ohne vorgängige Mahnung Klage erhebt, klagt ohne Rechtsverletzung. Nun liegt aber jedenfalls in der Klage selbst eine Mahnung. Leistet darauf sofort der Schuldner, so ist er natürlich freizusprechen. Hat aber bis zum Urteilsspruch der Beklagte noch nicht geleistet, so ist nicht die Klage zurückzuweisen, sondern es rechtfertigt sich, den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger aber, wenn sonst die Klage unbestritten geblieben ist, deren Kosten zur Last zu setzen.

Auch bei der Feststellungsklage haben wir zu unterscheiden zwischen den Thatsachen, welche das klägerische Recht begründen, und den Thatsachen, welche die Rechtsverletzung aufweisen. Letztere liegen hier in der verweigerten Anerkennung des klägerischen Rechtes, in Verbindung mit dem rechtlichen Interesse des Klägers, dieses Recht anerkannt zu sehen. Bezüglich dieser letzteren Thatsachen werden wir daher auch hier sagen müssen: es genügt für den richterlichen Ausspruch, wenn dieselben auch erst im Laufe des Prozesses eintreten.

Genügt aber der nachträgliche Eintritt der verletzenden Thatsache in den Prozeß, so kann es auch dem Prozeß nicht schaden, wenn während desselben in den Thatsachen der Verletzung ein Wechsel eintritt, welcher auf das der Klage zu Grunde liegende Recht — den eigentlichen Klaggrund — ohne Einfluß ist. Der häufigste Wechsel dieser Art ist folgender. So lange der Beklagte im Stande ist, den Gegenstand des klägerischen Rechtes in Natur zu leisten, kann Kläger nur diese Leistung — Erfüllung — von ihm fordern. Ist er aber durch seine Schuld oder einen von ihm zu tragenden Zufall außer Stande gesetzt, in Natur zu leisten, so tritt an die Stelle des Anspruchs auf den Gegenstand selbst ein Anspruch auf einen Geldersatz — Entschädigung. Beide Ansprüche — Erfüllung und Entschädigung — sind nur je nach der Art der Verletzung verschieden gestaltete Formen desselben Rechtsanspruchs. Deshalb ist es gestattet, daß im Laufe des Prozesses der eine an die Stelle des anderen tritt. Der § 240 Nr. 3 der CPO. erkennt dies ausdrücklich an. Ein Fall dieser Art liegt z. B. auch vor, wenn jemand darauf klagt, daß der Beklagte ihn von der Schuld an einen Dritten befreie. Wird dann im Laufe des Prozesses der Kläger veranlaßt, selbst diese Schuld an den Dritten zu bezahlen, so verwandelt sich, unbeschadet des Fortgangs des Prozesses, sein Anspruch auf Befreiung in einen solchen auf Ersatz des Gezahlten.

Ein gleiches Verhältnis, wie zwischen der Klage auf Erfüllung und Entschädigung, besteht aber auch zwischen der Klage auf Feststellung und Erfüllung. Die Feststellungsklage ist nicht eine ganz neue Klage, eine „Erweiterung des Klagsystems“. Es

ist die nämliche Klage, wie die Klage auf Erfüllung, nur in ein anderes Stadium der Rechtsverletzung verlegt. Deshalb ist sie aber auch im Stande, jederzeit unter den geeigneten Voraussetzungen in die Klage auf Erfüllung überzugehen. Es steht nichts im Wege, wenn bei einer Feststellungsklage im Laufe des Prozesses der Anspruch zur Erfüllung reif wird, die Bitte um Feststellung in die Bitte um Erfüllung umzuwandeln.

Umgekehrt kann aber auch die Klage auf Erfüllung unter den geeigneten Voraussetzungen in die Klage auf Feststellung sich verwandeln. Wenn z. B. einer Klage auf Erfüllung gegenüber der Beklagte einwendet, daß der Anspruch auf Erfüllung noch nicht reif sei, so muß es dem Kläger gestattet sein, wenn anders er ein rechtliches Interesse schon an der Feststellung des Rechtsverhältnisses hat, eventuell um eine solche zu bitten.

Kehren wir zu dem Verhältnis der Klage auf Erfüllung und der Klage auf Entschädigung zurück. Die materielle Identität beider läßt sich auch daraus erkennen, daß ich unter der Form der Klage auf Erfüllung meinen Anspruch auf Entschädigung verfolgen kann. Wenn mein Schneider den Rock, den ich ihm zum Ausbessern gegeben, mir nicht zurückliefert, so klage ich gegen ihn mit der Bitte: „ihn zur Rückgabe des Rockes zu verurteilen". Wendet er ein, der Rock sei nicht mehr vorhanden, weil er ihn verkauft habe, so befreit ihn dies nicht von meiner Klagbitte. Ich kann allerdings diese alsbald dahin umwandeln, daß ich bitte, nunmehr den Beklagten zur Leistung der Entschädigung zu verurteilen. Ich darf aber auch nach wie vor bitten, die Verurteilung zur „Rückgabe" auszusprechen. Diese Verurteilung hat dann die Bedeutung einer Feststellung des Rechtsverhältnisses. Sie bildet die judikatmäßige Grundlage, auf welche gestützt ich meinen Anspruch auf Entschädigung weiter verfolgen („liquidieren") kann.

Ein ähnliches Verhältnis besteht auch zwischen der Klage auf Feststellung und auf Erfüllung. Erklärt der Beklagte auf die Klage, der Anspruch sei bereits zur Erfüllung reif, so ist nicht abzusehen, weshalb der Kläger nicht sofort seine Klagbitte in die auf Erfüllung gerichtete umwandeln könnte. Aber auch wenn der Kläger bei der Klagbitte auf Feststellung beharrt, ist kein Grund vorhanden, derselben Folge zu versagen. Denn unzweifelhaft hat der Kläger um so mehr ein rechtliches Interesse an Feststellung des Rechtsverhältnisses, wenn er sogar schon in der Lage ist, Erfüllung zu fordern. Die Feststellung des Rechtsverhältnisses bildet dann die judikatmäßige Grundlage, auf welche gestützt der Anspruch auf Erfüllung weiter verfolgt werden kann.

So wie es endlich gestattet ist, mit der Klage auf Erfüllung auch eventuell die Klage auf Entschädigung zu verbinden, so muß

es unter Umständen auch gestattet sein, mit der Klage auf Feststellung eventuell die Klage auf Erfüllung zu verbinden, d. h. auf Grund des festzustellenden Rechtsverhältnisses für die zukünftige Leistung eine sofortige Verurteilung zu erwirken. Selbstverständlich knüpft sich auch an das Urteil, welches bloß die Feststellung des Rechtes auf eine zukünftige Leistung ausspricht, mit dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung die actio judicati. Denn das Interesse bei Feststellung des Rechtsverhältnisses besteht ja nur in der Erlangung eines rechtskräftigen Ausspruchs über dasselbe. Fordert aber der wirksame Schutz des klägerischen Rechtes, daß dieses Judikat über das Rechtsverhältnis sofort auch vollziehbar gemacht werde, so ist kein Grund dieses zu versagen. Es geschieht dies dadurch, daß die Feststellung des Rechtsverhältnisses in der Form einer Verurteilung zu der künftigen Leistung erfolgt. Die Folge einer solchen Verurteilung ist die, daß der Kläger, sobald die Leistung fällig geworden ist, die Hilfsvollstreckung in Gang setzen kann.

Diejenigen, welche den Satz aufstellen, ein Feststellungsurteil dürfe nicht die Verurteilung zu einer sachlichen Leistung enthalten, werden vielleicht sagen: eine solche betagte oder bedingte Verurteilung sei gar kein Feststellungsurteil. Über den Namen ist ja nicht zu streiten. Sachlich aber entnimmt ein solches Urteil aus den Grundsätzen der Feststellungsklage sein Lebenselement; indem nur nach Maßgabe dieser Grundsätze — mittels Nachweises eines rechtlichen Interesses — gestattet sein kann, ein solches Urteil vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung zu erwirken. In diesem Sinne ist es also ein Feststellungsurteil.

Wie schon oben bemerkt, ist eine Verurteilung zu betagten Leistungen unserer Rechtsprechung durchaus nicht fremd. Sie kommt alltäglich vor in den Fällen periodisch wiederkehrender Leistungen*). Wenn dazu bisher die eingetretene Fälligkeit mindestens einer Leistung gefordert wurde, so hatte dies eben darin seinen Grund, daß man eine Klage ohne reelle Rechtsverletzung nicht zulassen zu dürfen glaubte. Mit Zulassung der Feststellungsklage ist dieses Bedenken hinweggefallen; und so gut wie an die Verurteilung zu der einzelnen bereits fälligen Leistung kann auch an das Feststellungsurteil die Verurteilung zu den betagten Leistungen sich anschließen.

Eine Verurteilung zu einer bedingten Leistung kommt schon im röm. Recht vor**). Auch wir sprechen sehr häufig eine solche aus, indem wir den Beklagten verurteilen, gegen eine bestimmte

*) Entsch. des ROHG. Bd. 18 Nr. 15; Seuffert Arch. Bd. 33 Nr. 78.
**) l. 40 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

Leistung des Klägers zu leisten*). Ein solches Urteil ist in der That ein bedingtes. Ohne ein solches würde es aber unmöglich sein, viele Rechtsverhältnisse gerecht zu regeln. Ja es gibt Fälle, wo die Verurteilung von selbst eine solche Bedingung in sich trägt; so bei der Verurteilung zur Zahlung einer Wechselschuld, welche stets nur gegen Aushändigung des Wechsels geleistet zu werden braucht**). Nach den Grundsätzen der Feststellungsklage wird eine Verurteilung zu betagten und bedingten Leistungen in noch weit größerem Umfange zulässig sein***). Jeder Zweifel hierüber erledigt sich dadurch, daß die CPO. ausdrücklich solche Verurteilungen als zulässig anerkennt (§§ 664, 672). Der Einwand, daß man nicht wissen könne, ob nicht bis zum Eintritt der Vollstreckung eine Änderung des Rechtsverhältnisses eingetreten sei, geht über das Ziel. Auch bei einer Verurteilung zu sofortiger Leistung kann sich zwischen das Urteil und dessen Vollziehung eine Veränderung einschieben. Die bloße Möglichkeit einer solchen würde daher jeder Verurteilung entgegenstehen. Tritt eine Veränderung wirklich ein, so muß sie in geeigneter Weise (§§ 686, 687 CPO.) geltend gemacht werden.

Bezüglich der Vollziehbarkeit liegt aber ein gewisser Unterschied zwischen der Verurteilung zu einer betagten und einer bedingten Leistung.

Bei der Verurteilung zu einer **betagten** Leistung konnte der Eintritt der Vollziehbarkeit unbedenklich der Beurteilung des Gerichtsvollziehers überlassen werden (§ 672 CPO.). Hier kann sich also sofort an den Eintritt des Fälligkeitstages die Vollziehung anschließen. Um so weniger wird es bedenklich sein, Verurteilungen dieser Art auszusprechen.

Wenn also z. B. der Vermieter mit dem Mieter im Laufe des Jahres in Streit gerät, ob am bevorstehenden 31. Dezember die Miete zu Ende gehe, so ist nicht abzusehen, weshalb der Vermieter nur zu der Klage berechtigt sein sollte: „festzustellen, daß am 31. Dezember die Miete beendet sei". Offenbar hat der Vermieter zugleich ein Interesse daran, daß der — vielleicht böswillige — Mieter auch wirklich am 1. Januar ausziehe. Diesem Interesse aber entspricht es, daß der Vermieter die Klage dahin erheben darf: „den Mieter zu verurteilen, am 1. Januar die Wohnung zu räumen"; dergestalt, daß er gegen den säumigen Mieter sofort am 1. Januar die Hilfsvollstreckung anrufen darf.

---

*) Entsch des ROHG. Bd. 5 Nr. 63 (S. 287).

**) Entsch. des ROHG. Bd. 11 Nr. 17.

***) Auch bisher schon wurde von höchsten Gerichtshöfen eine solche in Verbindung mit der Anerkennungsklage für zulässig erachtet (**Seuffert** Arch. Bd. 14 Nr. 5; Bd. 20 Nr. 7).

Kein verständiger Grund steht entgegen, eine solche Klage zuzulassen.

Innerhalb des Bereichs bedingter Verurteilungen ist in der CPO. nur der Nachweis einer die Vollstreckung bedingenden Sicherstellung der Beurteilung des Gerichtsvollziehers überlassen (§ 672). Dahin wird aber auch der Fall gerechnet, wo die Verurteilung auf eine Zug um Zug zu bewirkende Leistung gerichtet ist*). In anderen Fällen sind für die Feststellung des Eintritts der Bedingung strengere Formen vorgeschrieben. Jedoch soll, wenn dieser Eintritt durch öffentliche Urkunden bewiesen wird, die Vollstreckungsklausel schon auf Anordnung des Vorsitzenden (also ohne weiteren Prozeß) erteilt werden (§§ 664, 666 CPO.). Nur wenn ein solcher Beweis nicht geführt werden kann, hat der Kläger auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben (§ 667). Diese Klage dürfte sich praktisch nicht wesentlich unterscheiden von der auf Grund eines bloßen Feststellungsurteils anzustellenden actio judicati. In diesem Falle würde also der Ausspruch einer bedingten Verteilung, statt der bloßen Feststellung, praktisch keinen besonderen Wert haben. Aber schon die Möglichkeit, daß der Eintritt der Bedingung in der zuerst gedachten Weise (§ 664) festgestellt und solchergestalt ein zweiter Prozeß erspart werde, wird es rechtfertigen, da, wo ein entsprechendes Interesse des Klägers vorliegt, mit dem das Rechtsverhältnis feststellenden Ausspruch zugleich eine bedingte Verurteilung zu verbinden. Jedenfalls sollte man sich davon nicht durch die vorgefaßte Annahme abhalten lassen, daß eine Feststellungsklage nicht zugleich auf eine sachliche Leistung lauten dürfe.

Fassen wir zum Schluß die Ergebnisse dieser Darlegung zusammen, so gelangen wir zu Folgendem. Klage auf Feststellung, Erfüllung und Entschädigung sind nur Klagen auf ein und dasselbe Recht, je nach den verschiedenen Erscheinungen seiner Verletzung, indem sie dem Stadium der drohenden, der gegenwärtigen und der bereits unwiderruflich vollendeten Verletzung entsprechen. Deshalb können auch diese Klagen je nach dem praktischen Bedürfnis verbunden werden; und es kann auch der Prozeß, je nach der thatsächlichen Entwickelung, welche im Laufe desselben die Rechtsverletzung aufweist, aus einem Stadium in das andere übergehen. Dies entspricht nicht nur dem Geiste des röm. Rechts, in welchem die Frage der Rechtsverletzung und die Art ihrer Beseitigung dem freieren Ermessen des judex anheimfiel, sondern

*) Vgl. Motive zur CPO. S. 411. Der in der Reichs-Justizkommission gemachte Versuch, diesen Punkt gesetzlich zu regeln, scheiterte leider an der Erklärung der Reg.-Kommissare, daß dies zu schwierig sei. Es ist daher jetzt alles auf die Einsicht des Gerichtsvollziehers gestellt (Prot. S. 351).

auch den in diesem Geiste gebildeten Vorschriften des § 240 Nr. 2 und 3 der deutschen CPO.

Nach dieser allgemeinen Betrachtung wollen wir zur Besprechung der einzelnen Entscheidungen übergehen.

Der Ausspruch der Entscheidung unter 1, daß die Feststellungsklage wegen Nichtbestandes eines Rechtes durch den zwischen den nämlichen Parteien bereits anhängigen bzw. entschiedenen Prozeß über den Bestand dieses Rechts ausgeschlossen werde, ist unzweifelhaft richtig. Es steht in diesem Falle der Feststellungsklage die Einrede der anhängigen bzw. der entschiedenen Sache entgegen. Dieser durchschlagende Grund findet aber in der Verneinung des klägerischen „Interesses" wohl kaum einen zureichenden Ausdruck.

Weiter spricht die Entscheidung aus, daß bloße Thatsachen nicht zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden können. Auch dies ist ohne Zweifel richtig. Der Grund dafür liegt darin, daß nur in Beziehung auf bestimmte, an eine Thatsache geknüpfte rechtliche Folgen dem Gegner zugemutet werden kann, die Thatsache anzuerkennen, nicht aber in Beziehung auf alle möglichen unbekannten Folgen.

Dieser Grundsatz dürfte auch maßgebend sein für die nach § 231 zulässige Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Die CPO. hat diese Klage aus dem französischen Prozeß adoptiert. Auch diese Klage wird man auf Urkunden beschränken müssen, welche als Trägerinnen eines Rechtsverhältnisses sich darstellen. Wenn mir ein Kläger entgegentreten wollte und sagen: „er habe da einen Brief seines verstorbenen Vaters, den solle ich anerkennen", so würde ich mit Recht erwidern: „was geht mich der Brief deines Vaters an!" Aber auch, wenn etwa in dem Brief stände, der Vater habe mir vor Zeiten ein Darlehn gegeben, so würde ich mit Recht die Klage auf Anerkennung ablehnen. Denn die Frage, ob und inwieweit eine solche Niederschrift (pro scribente) irgend einen Beweis zu liefern im Stande sei, läßt sich nur nach der Gesamtheit der Umstände bemessen, welche in dem Prozesse, mittels dessen das Darlehn eingeklagt wird, zur Verhandlung kommen. Die Frage über die Echtheit eines solchen Briefes zum Gegenstand selbständiger Verhandlung zu machen, daran hat der Kläger kein rechtliches Interesse*). Diese Annahme kann ich auch nicht dadurch für aus-

*) Dagegen würde meine Erklärung über die Echtheit eines Schuldscheins oder einer Quittung, die angeblich mein Erblasser ausgestellt, mit Recht von mir in Anspruch genommen werden. Beide Urkunden sind Träger eines Rechtsverhältnisses.

geschlossen halten, daß die Motive zu § 231 (§ 223) sagen: die fragliche Klage sei statthaft ohne Rücksicht darauf, ob die Urkunde nur die Bedeutung eines Beweismittels habe, oder Trägerin des Rechtsverhältnisses sei, „so daß die Geltendmachung des letzteren durch ihre Existenz bedingt sei". Schon diese Schlußworte lassen erkennen, daß dem Entwurf und seinen Motiven über den Gegensatz von beweisenden und verpflichtenden Urkunden keine völlig klare Anschauung innewohnte, wie sich dies auch aus den Bestimmungen über Urkundenbeweis und Urkundenprozeß ergibt.

Ebensowenig wie einzelne Thatsachen können aber auch abstrakte Rechtsfragen oder Rechtsbegriffe zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden. Vielmehr kann deren Aufgabe nur sein, Rechtsverhältnisse, d. h. Rechtsfragen oder Rechtsbegriffe in ihrer konkreten praktischen Wirksamkeit festzustellen, wenn auch diese praktische Wirksamkeit durch Bedingung oder Befristung noch hinausgeschoben ist. Daraus folgt aber, daß auch der Feststellungsklage gegenüber alle Verteidigungsmittel Raum finden müssen, welche gegen die praktische Wirksamkeit eines zur Geltung gebrachten Rechtsbegriffes gerichtet sind*).

Mit der Frage, wann zwischen zwei Personen ein zur Feststellung geeignetes Rechtsverhältnis vorhanden sei, beschäftigen sich die Entscheidungen unter 2 und 3. Im allgemeinen wird man sagen dürfen: zwischen zwei Personen besteht ein Rechtsverhältnis, wenn zwischen ihnen eine auf ihre beiderseitigen Rechte bezügliche Rechtsfrage streitig wird. Natürlich muß dieser Streit bestehen mit Beziehung auf ein bestimmtes praktisches Ziel; und es muß dafür, daß dieses Ziel eintrete, mindestens eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliegen. Wann nun die aktiv gewordenen Rechtsbeziehungen zwischen zwei Personen so weit gediehen seien, daß sich von einem zur Feststellung geeigneten „Rechtsverhältnisse" reden lasse, diese Frage wird mitunter wohl zweifelhaft sein, und in ihrer Beantwortung wird namentlich der praktische Takt sich zu bewähren haben.

Die Entscheidung 2 verneint den Bestand eines Rechtsverhältnisses, zunächst weil die Einkommensteuer in Hamburg „formell" nur je auf ein Jahr bewilligt werde. Hat man die Bewilligung der Einkommensteuer in Hamburg für jedes folgende Jahr nur als etwas Zufälliges, Unerwartetes zu denken, so läßt sich ja

*) Es kann also nicht etwa ein Forderungsrecht festgestellt werden, unangesehen der Frage, ob ihm Einreden entgegenstehen. Vielmehr kann das Forderungsrecht immer nur in der Bedeutung eine Verpflichtung zu leisten festgestellt werden; und wenn diese Verpflichtung durch Einreden beseitigt wird, so ist eben kein Forderungsrecht mehr festzustellen. Eine verfehlte Ansicht hierüber vertritt Weismann, Die Feststellungsklage S. 117 ff.

dieser Grund wohl rechtfertigen. Bildet aber die jährliche Bewilligung dieser Steuer nur etwa eine (konstitutionelle) Formalität, dann dürfte in der That jener Grund mehr ein scheinbarer, als ein wirklicher sein. Was die weiteren Gründe betrifft, so ist es ja unzweifelhaft richtig, daß die Frage, ob der hamburgische Staat trotz der Bestimmung des Reichsgesetzes eine Besteuerung der fraglichen Art anordnen könne, als abstrakte Rechtsfrage gedacht, wegen ihrer publizistischen Natur nicht zum Gegenstand eines Civilprozesses gemacht werden kann. Die Frage ist nur die, ob nach Hamburger Recht wider eine rechtswidrig auferlegte Einkommensteuer überhaupt der Rechtsweg beschritten werden kann. Wäre diese Frage zu verneinen, dann wäre mit diesem Grunde allein schon die ganze Klage zu beseitigen gewesen. Ist sie aber zu bejahen, dann ist es auch nicht gerechtfertigt, zur Beseitigung der Feststellungsklage die publizistische Natur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses hervorzukehren; (vgl. l. 1 C. de ord. cogn. 3, 8).

Die Entscheidung unter 3 verneint den Bestand eines Rechtsverhältnisses oder doch wenigstens ein die Feststellungsklage rechtfertigendes Interesse, weil der Ehemann der Beklagten dem eventuellen Anspruche des Klägers noch keinen Widerspruch entgegengesetzt, und weil man ja nicht wissen könne, ob die Frau Vermögen besitze. Die Frage des Widerspruchs mußte ja aber der Prozeß selbst gelöst haben. Hatte denn der Ehemann auf die gegen ihn gerichtete Klage sich bereit erklärt, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Frau zu gestatten? Wenn nicht, so war ja der Widerspruch vorhanden, und dann kam es darauf, ob schon vor der Klage Widerspruch entgegengesetzt war, nicht an. Daß derjenige, welcher eine Forderung einklagt, ein Interesse dabei hat, schon jetzt festzustellen, daß ein Dritter nicht die Beitreibung der Forderung hindern könne, zumal wenn dieser Dritte in dem nahen Verhältnisse des Ehemanns zu der Schuldnerin steht, dürfte wohl unzweifelhaft sein. Denn sonst muß ja der Kläger in der Exekutionsinstanz sofort wieder einen neuen Prozeß anfangen. Der Zweifel, ob die beklagte Ehefrau auch Vermögen besitze, führt wohl etwas zu weit. Mittels dieses Zweifels würde man auch jede Schuldklage als „interesselos“ zurückweisen können, wenn nicht der Kläger sofort nachwiese, daß der Beklagte auch Vermögen besitze, woraus die Schuld beigetrieben werden könne. Es würde hiernach, wie ich glaube, dem praktischen Bedürfnis mehr entsprochen haben, wenn man den Bestand eines Rechtsverhältnisses und eines Interesses nicht verneint hätte.

Die Entscheidung unter 4, sowie sie in ihrem materiellen Teile ohne Zweifel der Gerechtigkeit entspricht, hat auch mit vollem Rechte der Feststellungsklage stattgegeben. Das erforderliche recht-

liche Interesse würde, auch abgesehen von der durch das preuß. Gesetz für Gehaltsklagen gesetzten Befristung, schon darin haben gefunden werden dürfen, daß ohne Zweifel der Gatte und Vater das größte Interesse dabei hat, zu wissen, ob und inwieweit durch ein von ihm eingegangenes Rechtsverhältnis für seine Hinterbliebenen gesorgt ist. Der Staatsdienstvertrag nimmt in dieser Beziehung die Bedeutung eines Vertrags zu Gunsten Dritter an. Ohne Zweifel hätte auch der Mann für sich allein die Klage erheben können (siehe oben S. 81). Es war aber vorsichtig, daß er seine Frau als Mitklägerin auftreten ließ.

Am Schlusse der Entscheidung wird abgelehnt, eine bedingte Verurteilung des Beklagten auszusprechen. Wäre diese Ablehnung mit Beziehung darauf erfolgt, daß Kläger kein Interesse dargelegt habe, eine sofortige bedingte Verurteilung dem Fiskus gegenüber zu erwirken, so würde dagegen wohl nichts einzuwenden sein. Für den allgemeinen Ausspruch, „daß bei der Anerkennungsklage das Urteil nicht auf eine sachliche Leistung lauten dürfe", liegt kein Grund vor (S. 156).

Der Rechtsfall 5 weist den seltenen Fall auf, daß ein dinglicher Anspruch — Eigentum — zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht ist. Die Zulassung derselben ist gewiß nur zu billigen. Die praktische Wirksamkeit, mit Beziehung auf welche hier das „Eigentum" der Klägerin zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht wurde, lag ohne Zweifel in der Verpflichtung des Beklagten, mit dem Tode des Mannes die Grundstücke an die Klägerin herauszugeben. Die Mitteilung ergibt nicht, was auf die vom Beklagten „auf Anerkennung seines Eigentums" angestellte Widerklage erkannt sei. Die Frage aber, wie auf solche zu erkennen gewesen wäre, führt zu einer Frage, welche auch in dem ersten Teile der Entscheidung unter 2 eine Rolle spielt. Wir müssen auf diese Frage etwas näher eingehen.

Während das verurteilende Erkenntnis in seinem positiven Ausspruch den Umfang des Erkannten genau bezeichnet, leidet dagegen das klagabweisende Erkenntnis in seinem nur negativen Ausspruch an einer Unbestimmtheit. Die Abweisung einer Klage kann aus ganz verschiedenen Gründen erfolgen. Zunächst deshalb, weil eine der Voraussetzungen des Prozesses, z. B. die Zuständigkeit des Gerichts, nicht vorhanden sei. Sodann weil eine Verletzung des klägerischen Rechtes nicht vorliege. Endlich kann auch das in der Klage geltend gemachte Recht verneint werden. Die Frage, welche dieser verschiedenen Bedeutungen das abweisende Urteil habe, läßt sich nur beantworten aus den Entscheidungsgründen. Diese geben dem negativen Ausspruch seinen positiven Inhalt. Der letztere aber bestimmt die Rechtskraft des Urteils. Und in

diesem Sinne sind auch die Entscheidungsgründe für die Rechtskraft maßgebend.

Wird also die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung oder einer Verletzung des Klägers abgewiesen, so ist es unzweifelhaft, daß dem Kläger sein Recht nicht abgesprochen ist, und daß er dasselbe unter den geeigneten Voraussetzungen von neuem verfolgen kann. Wird dagegen in dem abweisenden Urteil das Recht des Klägers verneint, so steht dem Kläger, wenn er sein Recht auf der nämlichen Grundlage neu verfolgen will, die Einrede der entschiedenen Sache entgegen.

Das klägerische Recht kann aber wieder in einer doppelten Weise verneint werden: entweder ohne Beziehung auf ein gegenüberstehendes Recht des Beklagten, oder gerade deshalb, weil ein gegenüberstehendes Recht des Beklagten anerkannt wird. In dem ersten Falle wird durch den abweisenden Ausspruch nur ein Nichtrecht des Klägers, nicht auch ein Recht des Beklagten festgestellt. In dem zweiten Falle enthält die Abweisung des Klägers zugleich eine rechtskräftige Feststellung des gegenüberstehenden Rechtes des Beklagten.

Beispiele werden die Sache klarer stellen. Wenn jemand mit der Eigentumsklage abgewiesen wird, weil er seinen Eigentumserwerb (von einem Dritten) nicht nachgewiesen, so ist damit zwar erkannt, daß der Kläger nicht Eigentümer, nicht aber auch, daß der Beklagte Eigentümer sei. Und wenn also später der Kläger durch Zufall in den Besitz der Sache käme, so würde der frühere Beklagte auf jenes klagabweisende Urteil keine Eigentumsklage wider ihn gründen können. Wenn dagegen in dem ersten Prozeß der Kläger sein Eigentum darauf gründete, daß er einen Eigentumserwerb seiner vom Beklagten behauptet oder einen behaupteten Eigentumserwerb des Beklagten von ihm (dem Kläger) bestritten hat, so daß sich also der Prozeß um die Frage drehte: ist Kläger oder Beklagter Eigentümer? — dann würde in der Verneinung des klägerischen Eigentums zugleich eine rechtskräftige Feststellung des beklagtischen Eigentums enthalten sein. Ebenso bei der negatorischen Klage. Wird Kläger mit derselben abgewiesen, weil er sein Eigentum an dem Grundstück nicht nachgewiesen, so liegt darin kein rechtskräftiger Ausspruch, daß die Servitut des Beklagten bestehe. Wird er aber abgewiesen, weil der Beklagte den Beweis des Bestandes seiner Servitut erbracht, so wird dadurch dieser Bestand rechtskräftig festgestellt, so daß darauf Beklagter nach Befinden die konfessorische Klage gründen kann. Auch bei Ansprüchen aus Forderungsrechten kann dergleichen vorkommen. Stellt jemand einer Klage eine Kompensationseinrede entgegen und wird der Beklagte damit abgewiesen, weil der Kläger sich eine

Aufrechnung nicht gefallen zu lassen brauche, so kann Beklagter seine Forderung von neuem klagend geltend machen. Wird aber die Einrede zurückgewiesen, weil die Gegenforderung des Beklagten nicht bestehe, so steht auch der erneuerten Geltendmachung dieser Forderung durch Klage in dem Umfange der versuchten Aufrechnung die Einrede der entschiedenen Sache entgegen (CPO. § 293 Abs. 2).

Diese Grundsätze sind auch für die negative Feststellungsklage maßgebend. Die Abweisung derselben enthält ihren positiven Sinn erst durch die Entscheidungsgründe. Wird die Klage abgewiesen, weil es an dem erforderlichen Interesse für die Feststellung fehle, so ist damit das bestrittene Recht des Beklagten nicht anerkannt. Wird sie aber abgewiesen, weil der Beklagte den Bestand des bestrittenen Rechtes bewiesen habe, so wird durch diesen Ausspruch das Recht des Beklagten positiv festgestellt. Ohne diese Annahme würde der Ausspruch in sich selbst widersinnig sein.

Darnach ist die Entscheidung unter 2 in ihrer Begründung nicht für richtig zu halten. Das RG. weist die Revision zurück, weil das LG. durch Abweisung der Klage nur entschieden habe, daß die negative Feststellungsklage nicht begründet sei, die Entscheidungsgründe aber, welche diesen Ausspruch auf die positive Bejahung des Bestandes der Steuerpflicht gründen, nach § 293 der CPO. keine Rechtskraft haben. Es ist das sicherlich nicht der Sinn des § 293. Derselbe wollte nur dem entgegentreten, daß extensiv einem Ausspruche, bzw. den vorausgehenden Entscheidungsgründen, eine über den Inhalt der Entscheidung selbst hinausgehende rechtskräftige Bedeutung beigelegt werde. An der intensiven Bedeutung des Ausspruchs, wie solche aus den Entscheidungsgründen sich ergibt, wollte derselbe nichts ändern. Es sollte nur den Parteien keine Rechtskraft erwachsen über das Maß dessen hinaus, worüber sie wirklich gestritten haben. Wenn aber der negativen Feststellungsklage gegenüber der Beklagte den Bestand seines Rechtes behauptet, so streiten ja gerade die Parteien über diesen Bestand, und der Ausspruch: „die Klage wird abgewiesen" heißt nichts anderes als: das Recht des Beklagten besteht. Es ergibt sich dies auch noch aus Folgendem. Im Regierungsentwurf enthielt der § 293 der CPO. auch noch den weiteren Satz:

> „Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urteilsformel aufgenommen ist."

Dieser Satz wollte offenbar gerade den hier vertretenen Gedanken ausdrücken. Derselbe wurde in der Reichs-Justizkommission gestrichen, nicht weil man den Gedanken für unrichtig hielt, sondern nur weil man befürchtete, daß sich an diesen Satz doch die falsche

Theorie von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe über den Umfang der Verurteilung hinaus wieder anknüpfen möchte*). Nicht aber hat man daran gedacht, die innere Bedeutung der Rechtskraft abzuschwächen.

Dagegen dürfte der im RG.-Urteil nur als Zweifel vorausgeschickte Grund zu billigen sein, daß das OLG. schon dadurch, daß es den Entscheidungsgründen des LG. andere Entscheidungsgründe substituierte, auch die Bedeutung jener Entscheidung geändert habe. Ein Zweifel hiergegen läßt sich nur in der Richtung geltend machen, ob nicht das OLG. verpflichtet gewesen, auch in der Urteilsformel dies in der Art zum Ausdruck zu bringen, daß es der endgültigen Abweisung eine Abweisung „angebrachtermaßen" substituiert hätte. Es führt dies zu der Frage, welche Bedeutung überhaupt jenem Gegensatz in der Form der Klagabweisung beizumessen sei.

Die Abweisung „angebrachtermaßen" ist eine in der Praxis hergebrachte Form, wodurch der Richter zum Ausdruck bringt, daß, wenn Kläger seinen Klaganspruch mit einer besseren thatsächlichen Begründung erneuere, dieser neuen Klage die gegenwärtig erfolgte Abweisung nicht im Wege stehen solle. Jene Form beschränkt also die Rechtskraft auf die dem klägerischen Rechte in dem gegenwärtigen Prozeß gegebene thatsächliche Begründung. Nun darf es wohl als ein jetzt ziemlich allgemein anerkannter Grundsatz angesehen werden, daß heutzutage Rechte nicht mehr (wie in der römischen formula) ihrem allgemeinen Begriff nach, sondern nur unter bestimmter thatsächlicher Begründung klagbar gemacht werden können. Diese thatsächliche Begründung bildet den Rahmen, innerhalb dessen der Prozeß sich bewegt. Darnach wird aber durch Zurückweisung der Klage auch nur innerhalb dieser thatsächlichen Begründung über den Bestand des Rechtes aberkannt. Sobald der Kläger *wesentlich andere* Thatsachen als Grundlage seines Anspruchs bringt, ist es eben eine *neue* Klage, welche der frühere Prozeß nicht konsumiert hat. Dies auch dann, wenn der Richter die Klage schlechthin „abgewiesen" hat, ohne durch den Zusatz „angebrachtermaßen" zu erkennen zu geben, daß er über eine wesentlich anders begründete Klage nicht habe aberkennen wollen. Umgekehrt bildet aber auch eine ausdrücklich „wie angebracht" bezeichnete Abweisung in der Art eine rechtskräftige Entscheidung, daß mittels der *nämlichen* thatsächlichen Begründung nicht eine neue Klage erhoben werden kann. Darnach dürfte aber zwischen einer einfachen Abweisung und einer Abweisung angebrachter-

---

*) Der Antrag auf Streichung wurde von mir selbst gestellt und von den Abg. Gneist und v. Schwarze unterstützt.

maßen ein rechtlicher Unterschied nicht bestehen. Jede Abweisung bildet res judicata, aber nur innerhalb der spezifischen Grenzen der thatsächlichen Begründung der Klage. Der Richter setzt der Abweisung das Wort „angebrachtermaßen“ gleichsam als Trostwort hinzu, wenn er vermutet, daß eine andere Begründung wohl noch gebracht werden könne*).

Ist dies richtig, dann kann es auch einer Partei niemals zur Beschwerde gereichen, daß sie schlechthin und nicht bloß „wie angebracht“ abgewiesen sei. Und ebensowenig ist der höhere Richter genötigt, dann, wenn er durch seine Entscheidungsgründe der Abweisung der Vorinstanz eine Bedeutung gibt, welche das gesammte Recht der Partei unberührt läßt, dementsprechend auch die Urteilsformel in eine „Abweisung wie angebracht“ abzuändern. Die geänderten Entscheidungsgründe tragen die Umdeutung der Urteilsformel von selbst in sich. Ohnehin paßt ja die Bezeichnung „wie angebracht“ nicht auf alle Fälle der Zurückweisung, welche das klägerische Recht unberührt lassen, und es wäre mittels ihrer doch eine Unterscheidung dieser Art nicht durchzuführen.

Hiernach kann man es für gerechtfertigt halten, daß in dem Rechtsfall 2 das OLG., trotz seiner abweichenden Entscheidungsgründe, eine Änderung in der Urteilsformel nicht vornahm, und ebenso, daß das RG. die Revision in dieser Richtung zurückwies.

Die vorstehende Betrachtung läßt nun auch erkennen, inwieweit es sich rechtfertigt, einer Feststellungsklage gegenüber eine auf gegenteilige Feststellung gerichtete Widerklage zu erheben. Denken wir uns einen Fall, wo die Vorklage ein gegenteiliges Recht des Beklagten gar nicht in Frage stellt, so würde eine solche Widerklage allerdings einen Sinn haben. Nur wird in den seltensten Fällen dieser Art Veranlassung zu einer solchen gegeben sein. In den Fällen dagegen, wo die Vorklage auf eine Verneinung eines gegenteiligen Rechtes hinausläuft — und dies wird bei der negativen Feststellungsklage wohl durchweg der Fall sein —, ist eine auf gegenteilige Feststellung gerichtete Widerklage völlig zwecklos, weil in der Zurückweisung der Vorklage die Feststellung des Rechts des Beklagten von selbst enthalten ist. Ein Beispiel dieser Art liegt in dem Rechtsfall 5 vor, wo die erhobene Widerklage als gegenstandslos zurückzuweisen war.

In dem Rechtsfall 6 hat das RG. die angestellte Klage, weil sie neben der Bitte um Anerkennung des „Eigentums an der fraglichen Forderung“ auch die Bitte enthielt, „die geschehene Pfän-

---

*) Die hier ausgesprochene Ansicht ist bereits vertreten in einem Erk. d. OTr. zu Berlin (vgl. Seuffert Arch. Bd. 32 Nr. 359). Darnach wird aber auch der Entsch. d. RG. Bd. 6 Nr. 107 nur eine beschränkte Bedeutung beizumessen sein.

dung aufzuheben", nicht als eine nach § 231 angestellte Feststellungsklage, sondern als eine Klage auf eine reelle Leistung angesehen. Es fragt sich zunächst, was wohl die ausgesprochene Verurteilung, „die Pfändung aufzuheben", eigentlich zu bedeuten habe? Möglich, daß man darin die an den Beklagten gerichtete Auflage, selbst die Zurücknahme der Pfändungsverfügung bei dem Vollstreckungsgericht zu beantragen, also die Verurteilung zu einer Handlung finden kann. Aber bedurfte es denn, um die Rechte des Klägers zu wahren, einer solchen (formellen) Aufhebung der Pfändung? Die Pfändung fiel ja in sich selbst zusammen, sobald durch Richterspruch feststand, daß zur Zeit derselben der Schuldner nicht mehr Eigentümer der Forderung war. Der Kläger W. brauchte nur das rechtskräftige Urteil, welches sein Eigentum an der Forderung anerkennt, dem Schuldner kund zu thun (zu denunzieren). Dann erwarb dieser daraus, auch wenn die Pfändung nicht formell aufgehoben war, gegen die Klage des H. eine unzweifelhafte Einrede; konnte demgemäß aber auch die Zahlung der Schuld an W. nicht verweigern. Das Wesentliche der vorliegenden Klage war also die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen den beiden Forderungsprätendenten, welche auch in dem Verhältnis zu dem Schuldner res judicata bildete, und zu welcher die Bitte, „das Pfandrecht aufzuheben" nur etwa als ein superfluum non nocens hinzutrat. Der Sache nach haben wir also in dem vorliegenden Prozeß eine Klage auf Feststellung des Rechts an einer Forderung zwischen zwei Forderungsprätendenten*). Gegen den hier wiederholten Satz, daß „mit der Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses sachliche Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse nicht geltend gemacht werden können", möchte ich nur zu bedenken geben, daß auch jede auf eine reelle Leistung gerichtete Klage doch nichts anderes ist, als eine Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, mit welcher sachliche Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse geltend gemacht werden. Hiernach dürfte jener Ausspruch wohl zu modifizieren sein.

Das Urteil trägt Bedenken, das durch die Cession erworbene Recht des Klägers „Eigentum an der Forderung" zu nennen. Schließlich ist dies nur eine Wortfrage. So lange man aber kein anderes Wort zur Bezeichnung jenes Rechts hat, sollte man mit dem Wort „Eigentum" nicht spröde thun. Die Sache bezeichnet es vollkommen richtig. Die Cession selbst erkennt das Urteil in Übereinstimmung mit der richtigen Auffassung der neueren Theorie als einen Akt vollendeter Vermögensübertragung an.

Die Urteile unter 7 und 8 vertreten den öfters gehörten Satz, daß eine Feststellungsklage nur dann zuzulassen, wenn nicht

*) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 5 Nr. 19; Seuffert Arch. Bd. 22 Nr. 3 und jetzt auch Entsch. d. RG. Bd. 7 Nr. 126.

bereits eine Klage auf Erfüllung gegeben sei. Dieser Satz, in welchem die ursprüngliche Abneigung vieler Juristen gegen die Feststellungsklage unverkennbar fortlebt, ist geeignet, einen wesentlichen Teil der durch die gesetzliche Zulassung dieser Klage beabsichtigten Wohlthat wieder zu vernichten. Allerdings wird für diesen Satz auf den anscheinend sehr berechtigten Gedanken Bezug genommen, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes liegen könne, dem Kläger frei zu stellen, dem Hauptprozeß noch einen Vorprozeß vorausgehen zu lassen und so die Prozesse zu verdoppeln. Das Bestreben, eine Verdoppelung der Prozesse zu verhüten, ist gewiß ein berechtigtes, und man sollte sich dessen nur auch erinnern, wenn der Kläger mit seiner „Feststellungsklage" zugleich die Bitte um Verurteilung zu der demnächst fälligen Leistung verbindet, und nicht diese Bitte „wegen Unzulässigkeit einer solchen Verbindung" zurückweisen. Denn diese unmotivierte Zurückweisung heißt gerade die Prozesse verdoppeln. Eine ganz andere Frage aber ist, ob der Richter berechtigt sei, jenes Bestreben auch dadurch zu bethätigen, daß er Klagen zurückweist, die seiner Ansicht nach den Streitstoff nicht erschöpfen. Eine solche Befugnis dem Richter einzuräumen, würde sehr gefährlich sein, aus dem Grunde, weil er gar nicht in der Lage ist, zu übersehen, welche Gründe die Parteien bewegen, ihren Streit in einer gewissen Beschränkung zum Austrag zu bringen. Auch haben die Gerichte bisher niemals eine solche Befugnis in Anspruch genommen. Oder hält man wohl den Richter für berechtigt, eine Klage zurückzuweisen, in welcher der Kläger nur einen Teil seiner Forderung einklagt? Verständige Parteien an der Hand wohlgesinnter Anwälte pflegen heutzutage, zur Verminderung der enormen auf den Prozeß gewälzten Kosten, öfters nur einen Teil des Streitgegenstandes in den Streit zu bringen; und es wäre unerträglich, wenn die Gerichte eine polizeiliche Überwachung in der Art üben wollten, daß jeder Klaganspruch nur in seiner Gesamtheit geltend gemacht werden dürfe, weil ja sonst ein zweiter Prozeß entstehen könnte.

Ganz auf diesen Standpunkt polizeilicher Überwachung stellt sich aber jener in die Lehre von der Feststellungsklage hineingetragene Satz. Das RG.-Urteil nimmt an, wer eine Feststellungsklage anstelle, müsse sich gleichsam entschuldigen, und deshalb darlegen, weshalb er nicht auf Erfüllung klage. Das Gesetz sagt hiervon nichts. Das Gesetz verlangt, daß der Kläger sein Interesse an der Feststellung darlege im Gegensatz zu der Nicht-Feststellung. Daraus macht man: der Kläger müsse sein Interesse darlegen, nicht auf Erfüllung zu klagen. Auch die Feststellungsklage über Urkunden weiß nichts von diesem Erfordernis. Wie vermag denn das Gericht zu erkennen, was den Kläger abhält, sofort

auf Erfüllung zu klagen, sollte auch diese Klage scheinbar schon reif sein? Gar mannigfache Gründe können ihn dazu bestimmen. Zunächst Rechtsgründe, die er doch aber nicht offen auszukramen braucht. Sodann auch taktische Gründe des Prozesses. Einen möglichen Fall dieser Art hebt bereits das Urteil unter 8 selbst als Zweifelsgrund hervor: daß nämlich die Klage auf Erfüllung noch von schwierigen Beweisen abhängig sein könne. Sehr häufig wird auch der Fall so liegen, daß es mehr oder minder zweifelhaft ist, ob eine Klage auf Erfüllung bereits gegeben sei, und daß der Kläger diesen Zweifeln entgehen will. Ist nun zufällig das Gericht der Ansicht, der Kläger habe bereits auf Erfüllung klagen dürfen, so wird er mit der Feststellungsklage abgewiesen. Es scheint, als ob auch der Rechtsfall 7 zu dieser Art von Fällen gehöre. Inwieweit man gegen einen Nachlaßkurator Ansprüche an den Nachlaß verfolgen könne, ist bekanntlich sehr bestritten, wie dies auch das Urteil im Eingange anerkennt. Kläger versuchte es nun mit der Feststellungsklage als dem Geringeren. Und sein Lohn war, daß er abgewiesen wurde.

Auch der Rechtsfall 6 ist geeignet, die Frage zu illustrieren. Gesetzt, der Kläger hätte dort die problematische Klagbitte: „die geschehene Pfändung aufzuheben“, hinweggelassen: würde man ihn dann mit der Klage abgewiesen haben? Das wäre doch gewiß wohl wenig motiviert gewesen.

Daß der Beklagte nicht wegen Erhebung der Feststellungsklage statt der Erfüllungsklage eine in Wahrheit begründete Beschwerde erheben kann, liegt auf der Hand. Denn er hat doch kein Interesse daran, daß nicht sofort die strengere Klage gegen ihn angestellt wird! Und wenn er sagen wollte, er laufe Gefahr, daß noch ein zweiter Prozeß gegen ihn erwachse, so kann er ja dieser Gefahr einfach dadurch entgehen, daß er auf die Feststellungsklage sofort erfüllt. Ein solcher Einwand des Beklagten läuft daher nur auf eine Prozeßchikane hinaus; und derselbe Beklagte würde vielleicht, wenn die Klage auf Erfüllung angestellt wäre, nicht minder bestreiten, daß bereits Erfüllung gefordert werden könne; (siehe den Rechtsfall 6).

Was nun die Besorgnis betrifft, daß, wenn man solche Feststellungsklagen zulasse, „der Beklagte unnötig wiederholt in einen durch die Instanzen hindurchgehenden Prozeß verwickelt werden könne“, so wird thatsächlich diese Besorgnis in den seltensten Fällen sich verwirklichen. Denn regelmäßig werden die Parteien durch das Feststellungsurteil ihren Streit erledigt finden und ohne weiteren Prozeß ihre Verhältnisse ordnen. Überdies würde ein zweiter Prozeß, welchem die actio judicati aus dem Feststellungsurteile zu Grunde läge, voraussichtlich in denkbar einfachster

Weise verlaufen. Jedenfalls aber könnte man doch gerichtsseitig es abwarten, ob es wirklich zu einem zweiten Prozeß komme. Käme es dann zu einem solchen, so könnte man ja den Kläger wegen schuldhafter Herbeiführung eines Doppelprozesses noch immer damit abstrafen, daß man ihm die Kosten dieses zweiten Prozesses zur Last setzte. Denn nur dieser zweite Prozeß ließe sich in dem fraglichen Falle als eine unnötige Weiterung betrachten, während der erste Prozeß, welcher das Rechtsverhältnis feststellt, unter allen Umständen nötig war. Wenn aber statt dessen das Gericht, bloß wegen der Besorgnis, daß ein zweiter Prozeß entstehen könnte, den ersten Prozeß dem Kläger vor die Füße wirft, so wird jedenfalls ein zweiter Prozeß nötig, und das Gericht ist es, welches die Prozesse verdoppelt. Jene Ansicht ist also nicht etwa praktisch, sondern recht unpraktisch.

Als Beleg für das Unpraktische der Ansicht möge noch ein in Seufferts Archiv Bd. 31 Nr. 153 mitgeteilter Rechtsfall hier Erwähnung finden. Einen Streit über Kollationsverbindlichkeit zwischen zwei Miterben verfolgte der eine dieser Erben wider den anderen mittels einer Feststellungsklage, indem er anzuerkennen bat, daß er den in den Händen eines dritten Miterben befindlichen Barbetrag des Nachlasses allein zu beziehen befugt sei. Die 2. Instanz wies die Klage zurück, „da eine Anerkennungsklage nur für die Fälle gegeben sei, in denen ein zur Zeit noch nicht verfolgbares Recht festgestellt werden solle, vorliegend aber Kläger in der Lage sei, seinen Kollationsanspruch mittels der Erbteilungsklage geltend zu machen“. In höchster Instanz fand Kläger durch klaggemäße Verurteilung Abhilfe. In der Note bei Seuffert ist zutreffend ausgeführt, wie unverständig ein solches Prozessieren mittels der „Erbteilungsklage“ sich gestaltet haben würde. In dieser Weise erkennen, heißt, die Parteien zu Streitigkeiten, die sie gar nicht führen wollen, mit den Haaren herbeiziehen.

Möchte man doch bei erneuter Erwägung zu der Überzeugung gelangen, daß die Feststellungsklage nur dann die vom Gesetzgeber beabsichtigte wohlthätige Wirksamkeit üben kann, wenn dabei nicht der Kläger stets Gefahr läuft, je nach der Ansicht des Gerichts über die Möglichkeit einer Erfüllungsklage ohne sachliche Entscheidung abgewiesen zu werden. So lange aber dieses Damoklesschwert in der Luft schwebt, möchte ich den Anwälten raten, bei allen Feststellungsklagen, bei denen sich ein Zweifel dieser Art darbietet, zugleich eine eventuelle Klagbitte auf Erfüllung zu stellen; wenn dies aber nicht geschehen sein sollte, einen etwaigen Einwand des Beklagten, „daß nur auf Erfüllung hätte geklagt werden können“, durch sofortige entsprechende Erweiterung des Klagantrags unter Bezugnahme auf § 240 Nr. 2 u. 3 zu beantworten.

XVII. Zur Frage über die Form eines Vertragsabschlusses.

Eisenblech gehört zu den Gütern, welche nach dem Tarife von den Bahnverwaltungen in unbedeckten Wagen transportiert werden dürfen. Nach § 67 Nr. 2 des Betriebsreglements vom 11. Mai 1874 gibt der Absender hinsichtlich derjenigen Güter, welche der Tarif in unbedeckten Wagen zu transportieren gestattet, sein Einverständnis mit dieser Art der Beförderung zu erkennen, falls er nicht bei der Absendung durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbrief eine andere Beförderungsart ausdrücklich verlangt.

Kläger hat Eisenblech der verklagten Eisenbahn zum Transport übergeben. In dem Frachtbrief ist nichts über die Art des Transportes bemerkt. Nach Aufgabe des Frachtbriefs hat aber Kläger durch eine mündliche Bestellung bei dem Wagenmeister der Beklagten den Transport in einem bedeckten Wagen gefordert. Es ist auch ein bedeckter Wagen zum Transport verwendet, bei dem schadhaften Zustand der Wagendecke ist jedoch das Eisenblech durch Regen beschädigt worden.

Kläger verlangt Ersatz von der Bahnverwaltung. Letztere bestreitet ihre Verpflichtung zu solchem, weil die Bestellung des bedeckten Wagens nicht in der vorgeschriebenen Form durch den Frachtbrief erfolgt sei.

Nachdem die Vorinstanz verurteilt hatte, wies das RG. (Sen. 2) die Klage zurück.

Durch die bloß mündliche Bestellung ist eine Verpflichtung der Eisenbahn zur Lieferung eines bedeckten Wagens nicht begründet worden. Die Vorschrift des Betriebsreglements ist nur eine Konsequenz des Grundsatzes, daß der Frachtvertrag überhaupt seinen Abschluß nur durch den Frachtbrief findet. Demgemäß vermag auch die Eisenbahn ihren Anspruch auf Fracht allein aus dem Frachtbriefe zu begründen, und es ist deshalb der Vermerk des begehrten Transportes in bedeckten Wagen für den Anspruch auf den dadurch begründeten Frachtzuschlag unentbehrlich. Die Verwendung eines verdeckten Wagens ohne einen solchen Vermerk erscheint daher rechtlich als eine bloße Liberalität. Bei einer ohne Verpflichtung gewährten Leistung tritt aber wegen deren Mangelhaftigkeit keine Haftbarkeit ein.

Urt. v. 18. Nov. 1879. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 6.

Für die Frage, ob die Eisenbahn für den entstandenen Schaden zu haften habe, wäre nach diesseitigem Dafürhalten noch ein Umstand von entscheidender Bedeutung gewesen, der in dem mitgeteilten Thatbestand des Falles gar nicht berührt wird, hiernach wohl auch in den Verhandlungen nicht zur Sprache gebracht ist. Wie hatte denn die Eisenbahn die Fracht für den Transport berechnet? Hatte sie nur die Fracht für einen unbedeckten Wagen gefordert? Oder hatte sie den für bedeckte Wagen zu fordernden Frachtzuschlag in Rechnung gestellt? War ersteres der Fall, dann ist die gefällte Entscheidung ohne Zweifel richtig. Dann hatte die

Eisenbahn den bedeckten Wagen nur gleich einem unbedeckten in Gebrauch genommen. Sie hatte die mündliche Bestellung nicht beachtet, was sie nach dem Betriebsreglement durfte. Hatte aber die Eisenbahn den zum Transport gebrauchten Wagen als bedeckten sich bezahlen lassen, so hatte sie damit an den Tag gelegt, daß sie von ihrem Rechte, sich nur an den Frachtbrief zu halten, keinen Gebrauch gemacht, daß sie vielmehr die mündliche Bestellung als Grundlage des Frachtvertrags angenommen, um daraus einen größern Verdienst zu ziehen. Dann mußte sie aber auch die diesem größeren Verdienst entsprechenden Verpflichtungen erfüllen. Von einer „Liberalität", die sie durch Verwendung des bedeckten Wagens geübt hätte, könnte nicht die Rede sein. Und selbst wenn man annimmt, der Kläger habe, weil er in dem Frachtbrief nichts vermerkt, die Zahlung des Frachtzuschlags verweigern können, so würde doch, wenn er auf Anfordern den Frachtzuschlag gezahlt, damit das Rechtsgeschäft als ein solches festgestellt sein, bei welchem die Eisenbahn den verdeckten Wagen nicht bloß thatsächlich, sondern kraft Rechtspflicht verwendet hätte. Dann mußte sie aber auch die daran sich knüpfenden Folgen tragen, also dem Kläger für den durch den schadhaften Zustand des Wagens zugefügten Schaden Ersatz leisten.

XVIII. Anerkennung einer Schuld in unvollkommener Bethätigung.

Kläger klagte gegen den Beklagten (der sein Schwiegersohn, dessen Frau aber vor mehreren Jahren gestorben war) aus 13 im Laufe der Jahre (1865 bis 1873) ihm zugewendeten Geldleistungen im Gesamtbetrage von 2375 Thlr., die er als darlehnsweise dem Verklagten gegeben bezeichnete, und die vertragsmäßig zu 4% zu verzinsen seien. Zinsen wurden im Umfange des ganzen noch nicht verjährten Betrags in Anspruch genommen, mit dem Bemerken, daß von jenen Beträgen noch niemals Zinsen gezahlt seien. Verklagter erklärte: er habe die gezahlten Summen nicht als Darlehen empfangen, sie seien vielmehr seiner Ehefrau vom Kläger gegeben, damit diese sie demnächst auf ihr Erbteil anrechne. Über die ersten beiden Posten von je 500 Thlr. habe er zwar dem Kläger ein Schuldbekenntnis ausgestellt, worin er 4% Zinsen zu zahlen versprochen. Aber auch dabei habe der Kläger vorher und nachher erklärt, daß er die Zinsen nur in Anspruch nehmen würde, wenn er in Not geriete. Später habe Kläger auch seiner (des Beklagten) verstorbenen Frau erklärt, sie solle die ihr gegebenen Beträge als Mitgift, bzw. als Zahlungen auf ihren Erbteil behalten. Deshalb seien auch Zinsen niemals beansprucht.... In der Replik leugnete Kläger dies alles und machte noch geltend, daß er nach Zusendung eines Kündigungsschreibens an den Verklagten wiederholt bei diesem gewesen sei, um das Geld in Empfang zu nehmen. Verklagter

habe ihm dabei erklärt, das Geld zahlen zu wollen, indem er in den nächsten Tagen Geld aus der Kreiskasse erhalten würde.

Das Kreisgericht ließ zunächst diese letztere Thatsache durch Ausschwörung des dem Kläger zurückgeschobenen Schiedseides feststellen, und verurteilte dann auf Grund derselben den Verklagten zur Zahlung der eingeklagten Beträge mit Zinsen.

Verklagter appellierte. Er führte aus, daß das fragliche Versprechen keinen Schuldgrund habe abgeben können, am wenigsten für die beanspruchten Zinsen. Das OLG. wies die Berufung zurück, indem es aussprach: Da durch Eingeständnis feststehe, daß der Verklagte ein Mahnschreiben (Anlage B der Replikschrift) von dem Anwalt des Klägers erhalten, worin dieser ihn aufgefordert, die eingeklagten Beträge nebst rückständigen Zinsen zu zahlen, so sei in dem fraglichen, dem Kläger bei erneuter Anforderung seines Guthabens gegebenen Zahlungsversprechen ein selbständiger Verpflichtungsgrund für den ganzen streitigen Anspruch, einschließlich der Zinsen, enthalten.

Hiergegen erhob Verklagter Nichtigkeitsbeschwerde und machte dabei, neben einer Aktenwidrigkeit, geltend, daß ein bloßes Zahlungsversprechen keinen neuen Klaggrund abgebe, wenn die Schuld nicht bestehe; daß aber, wenn das fragliche Versprechen einen neuen Klaggrund enthalte, dieser nicht erst in der Replik habe geltend gemacht werden dürfen.

Durch die begründete Aktenwidrigkeit gelangte das RG. (Sen. 3) für den ganzen Rechtsfall auf den Standpunkt freier Beurteilung. Eine solche — besagt das Urteil weiter — führt aber bezüglich des Hauptgeldes der eingeklagten Posten zu keinem anderen Ergebnis. Wenn auch das durch den abgeleisteten Eid des Klägers festgestellte Zahlungsversprechen nicht als eigentlicher, zum Zweck der Feststellung der Schuld abgeschlossener Anerkennungsvertrag aufzufassen, so ist demselben doch jedenfalls die Wirkung beizumessen, daß dadurch die rechtliche Bedeutung der vom Kläger dem Verklagten gemachten, an sich unbestrittenen Geldzuwendungen in dem Sinne von Summen, zu deren Rückzahlung Verklagter sich verpflichtet erachtet, mithin von Darlehen, erläutert, und daß zu den beiden ersten Klagposten, deren rechtliche Bedeutung als Darlehn schon durch die darüber ausgestellte Schuldverschreibung außer Zweifel gestellt ist, auf die dem Verklagten etwa aus der angeblichen späteren Verabredung des Klägers mit seiner verstorbenen Ehefrau erwachsene Einrede (sie solle die erhaltenen Beträge als Mitgift behalten 2c. 2c.) verzichtet wurde. Um diese Wirkungen zu erzielen, konnte Kläger die behaupteten Zahlungsversprechen unbedenklich auch erst in der Replik geltend machen, wie denn auch Verklagter in der Duplik ohne Widerspruch sich darauf eingelassen hat.

Zu einem anderen Ergebnis führt die Beurteilung in Betreff der geforderten Zinsen. Daß auf deren Zahlung die Zahlungsversprechen des Verklagten mitgerichtet gewesen, läßt sich aus den Behauptungen des Klägers nicht entnehmen. Auch wenn der Empfang des Briefes (Anlage B der Replikschrift) bewiesen würde, könnte aus dem Umstande, daß am Schlusse desselben die Worte enthalten sind: „samt den rückständigen Zinsen" nicht gefolgert werden, daß Verklagter, wenn er die

„fragliche Schuld" oder „das Geld" in Kürze zu bezahlen versprach, damit auch eine Verpflichtung, Zinsen zu bezahlen, soweit sie nicht an sich schon bestand, habe anerkennen wollen. Es kommt daher darauf an, inwieweit eine solche Verpflichtung im übrigen begründet ist. In Betreff der zwei ersten Posten hat nun Verklagter selbst angeführt, daß er in einer dem Kläger darüber ausgestellten Schuldverschreibung 4% Zinsen versprochen habe. Zu diesen Posten kann daher der Verklagte der Pflicht, Zinsen zu zahlen, sich nur entschlagen, wenn er beweist, daß Kläger bezüglich der in jener Schuldverschreibung versprochenen Zinsen ihm die Erklärung abgegeben, daß er dieselben nur verlangen werde, wenn er in Not geriete und dieselben zu seiner Lebensnotdurft bedürfe.

Bei den übrigen Klagposten fehlt es überhaupt an einer genügenden Darlegung des Zinsversprechens, da hierzu die in der Klage vorkommende Behauptung: „dieselben sind vertragsmäßig mit 4% zu verzinsen", um so weniger ausreicht, als unbestritten von sämtlichen, seit langen Jahren ausstehenden Posten niemals Zinsen gezahlt sind, hiernach aber, und bei dem nahen Verwandschaftsverhältnis der Streitteile, nicht unwahrscheinlich ist, daß Kläger in der That von dem Verklagten Zinsen zu nehmen nicht beabsichtigt habe. Zu diesen letzteren Posten ist hiernach der Zinsanspruch ohne weiteres zurückzuweisen. Zu den Posten 1 und 2 ist aber auf den vom Kläger angenommenen Schiedseid über die gedachte Erklärung des Klägers zu erkennen.

Urt. v. 12. März 1880 i. S. Keller w Stroh. (Hessische Sache.)

Die Schwierigkeit des Falles lag in der Frage über die rechtliche Natur der dem Beklagten gemachten Geldzuwendungen, die namentlich dadurch zweifelhaft wurde, daß der Beklagte Schwiegersohn des Klägers war, in solchen Verhältnissen aber öfters Geldzuwendungen ohne präcisen Ausspruch über ihre rechtliche Natur und auch ohne Klarheit der Beteiligten über die bei ihnen obwaltende Absicht vorkommen. Für die beiden ersten (bedeutendsten) Zuwendungen war freilich die rechtliche Natur dadurch außer Zweifel gesetzt, daß Beklagter Schuldverschreibungen mit Zinsversprechen über sie ausgestellt hatte. Die hierin liegende (vollkommene) Anerkennung der Zuwendungen als Darlehen schloß jede Anfechtung aus. Für die übrigen Zuwendungen lag nur ein Akt vor, den das RG.-Urteil nicht als eigentlichen Anerkennungsvertrag bezeichnet, da die auf eine Mahnung gegebene Erklärung, demnächst zahlen zu wollen, nicht ohne weiteres erkennen läßt, daß damit eine formale Feststellung der Schuld bezweckt sei. Man kann zweifeln, ob nicht in jener Erklärung der (ziemlich seltene) Fall eines römischen constitutum vorliege. Jedenfalls aber genügte schon die in jener Erklärung liegende (unvollkommene) Anerkennung in ihrer interpretativen Bedeutung, um durch dieselbe

die Eigenschaft auch der übrigen Geldzuwendungen als dem Beklagten dargeliehen festgestellt zu erachten. Auch genügte dieselbe, um die Einrede, die Ehefrau des Beklagten habe die fraglichen Zuwendungen als Mitgift behalten sollen, für ausgeschlossen zu halten, da für die Ausschließung einer Exception auch eine Anerkennung der Schuld in unvollkommener Bethätigung ausreicht (vgl. Bähr, die Anerkennung als Verpfl.-Gr. 2. Aufl. S. 186, 200, 190).

Einen Fall unvollkommener Anerkennung enthält auch der Rechtsfall in d. Entsch. d. ROHG. Bd. 22 Nr. 47.

XIX. Anerkennungsvertrag, in seiner Wirksamkeit beschränkt durch den Mangel freien Verfügungsrechts.

B. war Besitzer eines verschuldeten Grundbesitzes. Als im Jahre 1878 eine Forderung von 1443 *M.* gegen ihn eingeklagt wurde, gab er am 20. März 1878 einen Eherezeß zu Protokoll, worin er bekannte, daß bei seiner Verheiratung vor 7 Jahren seine Ehefrau ihm an barem Gelde 3000 *M.* in die Ehe eingebracht habe. Einige Monate später zeigte er seine Insolvenz an. In dem Anmeldetermin wurden außer den protokollierten Forderungen nur noch die eingeklagte und eine andere geringfügige Forderung geltend gemacht. Der bestellte Kontradiktor bestritt die auf Grund jenes Ehererezesses angemeldete Forderung der Ehefrau. In zweiter Instanz wurde die Forderung ohne weiteres zuerkannt, da in dem Ehererezeß nicht ein bloßes Zeugnis, sondern ein Dispositionsakt, eine Schuld- und Pfandurkunde enthalten sei, welche nicht minder einen selbständigen Verpflichtungsgrund abgebe, wie eine Schuldverschreibung über ein empfangenes Darlehen, und weil auch die Gläubiger einen solchen Dispositionsakt des Schuldners gegen sich gelten lassen müssen. — Auf Revision des Beklagten wurde vom RG. (Sen. 3) auf weitere Beweiserhebung erkannt, aus folgenden Gründen:

Wenn auch dem AR. darin beizustimmen ist, daß die Urkunde vom 20. März 1878 einen Dispositionsakt enthält, so können doch auch solche Akte da keine unbedingte Wirksamkeit üben, wo dem freien Verfügungsrecht der Beteiligten ein positives rechtliches Hindernis, wie vorliegend das zwischen Ehegatten bestehende Schenkungsverbot, entgegensteht, indem in diesem Falle die Dispositionsurkunde nur in Verbindung mit ihrer Beweiskraft für die in ihr bezeugte materielle Grundlage der Schuld zu wirken vermag. Es war Aufgabe des Gerichts, welches dem dispositiven Charakter der Urkunde entscheidendes Gewicht beilegte, nicht unerwogen zu lassen, daß diese Disposition des Kridars zu Gunsten seiner Ehefrau, insofern sie nicht eine wirkliche Einbringung zur Grundlage habe, bei dem Mangel jedes andern ersichtlichen Schuldgrundes als eine verbotene Schenkung sich darstelle; daß daher jene Urkunde nur insoweit Wirksamkeit zu üben vermöge, als das in ihr enthaltene Zeugnis des Ehemannes für die Einbringung

zugleich auf materielle Glaubwürdigkeit Anspruch machen könne. Diese materielle Glaubwürdigkeit ist aber vorliegend sehr gering zu achten. Die Umstände, unter welchen der Ehereceß vom 20. März 1878 errichtet wurde, lassen darauf schließen, daß der wegen der Forderung von 1443 M. angestrengte Prozeß nicht nur die Insolvenzerklärung herbeigeführt, sondern auch die Veranlassung gegeben zu der Errichtung des Ehereceßes und der Protokollation der darin der Ehefrau verschriebenen Illatenforderung, und daß es dabei darauf abgesehen gewesen, den Konkursgläubigern gegenüber ein liquides Beweismittel herzustellen und ein Vorzugsrecht zu begründen. Es liegt klar zu Tage, daß jeder Gewinn, der durch die Ausstellung dieser Urkunde im Konkurse für die Ehefrau erzielt wird, auch dem Kridar zum Vorteil gereicht. Hiernach kann dem darin niedergelegten Bekenntnisse den Konkursgläubigern gegenüber Beweiskraft nicht beigelegt werden.

Wenn nun auch diese Erwägungen zu einer Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses führen müssen, so gestattet doch die prozessualische Lage eine weitere Entscheidung zur Zeit noch nicht. Die Liquidantin hat zur Unterstützung der Urkunde in zweiter Instanz neue Thatsachen geltend gemacht und unter Beweis gestellt, und es erscheint nicht ausgeschlossen, daß durch die Erhebung der Beweise Momente erwiesen werden, welche eine andere Beurteilung der Sache gestatten, als die sein muß, welche nur die Urkunde und die Umstände, unter denen die Errichtung derselben erfolgt ist, zur Grundlage nehmen kann.

Urt. v. 16. Jan. 1880 i. S. Burmester'sche Kontrad. w. Burmester Ehefrau. (Holstein'sche Sache.)

Die Entscheidung entspricht den aus der Natur des Anerkennungsvertrags sich ergebenden Grundsätzen. Der letzte Grund für die Wirksamkeit eines Vertrags, durch welchen ich kraft meines abstrakten Willens eine Schuld schaffe, liegt in der mir zustehenden freien Verfügung über mein Vermögen. In diesem Sinne sagen die römischen Juristen: Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur (l. 82 D. de R. J.; l. 29 pr. D. de donat 39, 5). Wo aber dieses Verfügungsrecht durch positives Verbot eingeschränkt ist, da fehlt es für die Wirksamkeit des abstrakten Willens an diesem letzten Grunde, auf welchem seine Kraft beruht; und es muß daher die materielle Glaubwürdigkeit des in dem Anerkennungsvertrag liegenden Geständnisses hinzukommen, um ihm volle Wirksamkeit zu verschaffen. Mit andern Worten: der Anerkennungsvertrag wirkt nur in Verbindung mit der ihm innwohnenden materiellen Beweiskraft für die wirkliche Existenz einer Schuld. Wo aber, wegen innerer Unglaubwürdigkeit, auch diese materielle Beweiskraft fehlt, da hört die Wirksamkeit des Anerkennungsvertrags eben auf, und es muß der materielle Bestand des in ihm beurkundeten Schuldverhältnisses anderweit bewiesen werden. (Vgl. Bähr, Anerkennung 2. Aufl. S. 287.) Ein Fall dieser Art ist der vorliegende.

XX. Insinuation der großen Schenkung.

Über die Frage der Form einer großen Schenkung liegen zwei Entscheidungen des RG. (Sen. 3) vor. In beiden wird zuvörderst die gerichtliche Insinuation als gemeinrechtlich notwendige Form für die große Schenkung aufrecht erhalten. In beiden Fällen hatten auch die Beteiligten Schritte gethan, um diese Form zu wahren. Die Frage aber, ob dies gelungen, wurde in dem einen Falle verneint, in dem andern bejaht.

1. In dem ersten Falle hatten die Kontrahenten die Schenkung in einer Urkunde vollzogen, ihre Unterschrift durch einen Hilfsbeamten der Justiz beglaubigen lassen, und dann diese Schrift — und zwar, wie man nach dem Mitgeteilten annehmen muß, persönlich und gemeinschaftlich auftretend — bei dem großh. hess. LG. überreicht, mit dem Antrage, „dieselbe als Insinuation zu den Gerichtsakten zu nehmen und ihnen davon Nachricht zu geben". Das Gericht hatte darauf die Beilegung des Aktes „zu den betreffenden Gerichtsakten und Notiz an die Beschenkten" verfügt. Das RG. erachtete durch diesen Vorgang die Form **nicht** für gewahrt. Es sprach aus:

Schon nach der Verordnung des Kaisers Constantinus Chlorus bedurfte jede Schenkung der gerichtlichen Insinuation; diese mußte vor einer Obrigkeit vorgenommen und in das Gerichtsprotokoll (acta oder gesta) eingetragen werden. Das Justinianische Recht beschränkte die Notwendigkeit der Insinuation auf Schenkungen über 500 solidi. Aber auch danach bestand die Insinuation in einem über die gerichtliche Erklärung der Parteien aufgenommenen Protokolle der Obrigkeit. Dieses Protokoll hat den Zweck den künftigen Beweis der Schenkung zu sichern, so wie durch die Gegenwart von Beamten und die Feierlichkeit der Handlung dem Leichtsinn und der Übereilung des Schenkgebers zu steuern (l. 25, 27, 30, 34 pr. § 1; l. 36 C. de donat. 8, 54; Nov. 127 c. 2; l. 1 C. Theod. de spons. 3, 5).

Im einzelnen herrscht freilich in Theorie und Praxis Streit über die Ausdehnung jener Vorschrift. (Folgt die Aufzählung spezialisierter Fälle, in welchen man die Form für gewahrt angenommen habe.) Vorliegend ist keine der vorgedachten Förmlichkeiten gewahrt. Es hat weder eine Erklärung der Parteien zu gerichtlichem Protokolle, noch eine solenne Ausfertigung der Schenkungsurkunde stattgefunden, die Kontrahenten haben vielmehr — (folgt eine Darstellung des oben beschriebenen Hergangs). Mit Recht nimmt das Berufungsurteil an, daß hierin kein gerichtlicher Vollzug der Schenkung liege.

Die Beklagten behaupten nun ein örtliches Gewohnheitsrecht, wonach die fragliche Form genüge. Die zweite Instanz verwirft dieses Vorbringen, weil ein Gewohnheitsrecht gegen eine rechtspolizeiliche Vorschrift sich nicht bilden könne. Das Gericht irrt jedoch hierin. Wie die bezüglichen Vorschriften des röm. Rechts, insbesondere die l. 2 C. quae sit longa cons. 8, 53, auszulegen sind, kann unerörtert bleiben; denn im kanonischen Recht — c. 11 X de consuet. 1, 4 —

dessen Bestimmungen dem röm. Rechte vorgehen, wird dem Gewohnheitsrecht dieselbe Kraft und Geltung beigelegt, wie sie einem Gesetze zukommt. Es vermag daher ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken.

Gleichwohl ist die Behauptung eines lokalen Gerichtsgebrauchs, welcher zur Abänderung der gemeinrechtlich für Schenkungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten geführt habe, nicht zu beachten. Vor allem deshalb nicht, weil durch bloßen Gerichtsgebrauch Gesetze nicht abgeändert werden können; denn der Richter hat nach den Gesetzen zu verfahren, darf aber ebensowenig willkürlich andere Formen, als die gesetzlichen, bei der Mitwirkung zu Rechtsgeschäften zur Anwendung bringen, als er nach anderen wie den bestehenden Rechtsnormen Recht sprechen darf. Weiter auch deshalb nicht, weil das gemeine Recht bei der Nichtbeobachtung der für Schenkungen verordneten Solennitäten Nichtigkeit androht, und eine solche zwingende Vorschrift unmöglich durch bloße Handlungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb eines einzelnen Gerichtsbezirks beseitigt werden kann. Endlich aus dem Grunde nicht, weil selbst dann, wenn man dem Berufen auf „Gewohnheitsrecht" einen weitergehenden Sinn und zwar etwa dahin beilegen wollte, daß sich der Richter zum Träger der Rechtsüberzeugung des Volkes gemacht habe, der Gerichtsgebrauch folglich nur die Form sei, in welcher eine wahres (lokales) Gewohnheitsrecht zum Ausdruck gelangte — diesem angeblichen Gewohnheitsrechte teils die Annahme des Berufungsurteils, daß für das Gebiet des Solmser LR. noch jetzt das gemeine Recht in der hier fraglichen Beziehung maßgebend sei, teils die ebenfalls im vorderen Erkenntnisse festgestellte ganz konstante Rechtsprechung der hessischen Obergerichte entgegensteht; diese Feststellung aber thatsächlicher Natur ist.

Urt. v. 5. Juli 1881 Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 34.

2. Über die Insinuation einer Schenkung, durch welche die Schenkerin ihr ganzes Vermögen ihrem Bruder überließ, und über welche bereits eine von beiden Teilen unterzeichnete Urkunde errichtet war, ist folgendes gerichtliche Protokoll aufgenommen:

„Geschehen ... Heute erscheint Fräulein L. G. und übergibt einen Schenkungsvertrag vom 11. Juli l. J. mit der Erklärung:

„„Ich übergebe dem Gerichte den Schenkungsvertrag vom 11. Juli l. J. mit der Bitte, das Original zu den Akten nehmen und mir zwei Ausfertigungen des Vertrages für mich und den Schenknehmer zu behändigen mit der Bescheinigung der gerichtlichen Insinuation versehen"".

Vorgelesen, genehmigt und: „L. G." unterschrieben, und wurden derselben zwei Ausfertigungen des Schenkungsvertrages, mit der Bescheinigung gerichtlicher Insinuation versehen, zurückgegeben, so wie ein Exemplar mit „ne varietur" bezeichnet zu den Akten genommen. Von Amtswegen wird bemerkt, daß sich Komparentin, wie man sich durch die mit ihr angeknüpfte Unterredung überzeugte, in vollkommen dispositionsfähigem Zustande befand".

Das RG. erachtete die so vollzogene Schenkung für gültig. Es sprach aus: Wenn auch nach röm. Rechte die Insinuation großer Schenkungen darin bestand, daß das Rechtsgeschäft vor einer städtischen Kurie oder vor der Kanzlei des Statthalters einer Provinz abgeschlossen und in das Gerichtsprotokoll (acta oder gesta) wörtlich eingetragen wurde, so kann doch diese Form der Errichtung jetzt überhaupt nicht mehr in gleicher Weise beobachtet werden. Die Frage kann vielmehr nur die sein, ob nicht wenigstens die wörtliche Aufnahme des Inhalts der Schenkung in das über die Erklärung der Parteien zu errichtende Protokoll erfolgen müsse? Diese Frage ist in Theorie und Praxis überwiegend dahin entschieden worden, daß auch eine bei Gericht offen überreichte Schenkung unter der Voraussetzung, daß sich der Schenker zu dem Inhalt der Schrift bekenne, und daß ein Protokoll über diesen Vorgang errichtet werde, zu Recht bestehe. (Folgt die Aufführung von Schriften, sowie von Seuffert Arch. Bd. 1 Nr. 343, Bd. 16 Nr. 111, Bd. 17 Nr. 242, Bd. 26 Nr. 28, Bd. 27 Nr. 228.)

In vorliegendem Fall hat sich die Schenkerin nicht auf die Anerkennung der Schenkung vor dem Richter beschränkt. Indem sie beantragte die Vertragsurkunde den Gerichtsakten einzuverleiben und das hierüber aufgenommene Protokoll genehmigte und unterschrieb, hat sie zugleich in Übereinstimmung mit der Intention des Gerichtes den Inhalt der Schenkung als einen Bestandteil ihrer Erklärung bezeichnet. Unter solchen Umständen ist ohne Zweifel der l. 25 C. de donat. 8, 54 nachgelebt.

Der Kläger hat die Gültigkeit der Schenkung ferner deshalb bestritten, weil der Beschenkte nicht mit der Schenkerin bei Gericht erschienen und hier die Annahme der Schenkung erklärt habe. Auch dieser Einwand ist hinfällig. Die Gesetze erfordern nicht die Mitwirkung des Beschenkten bei der Insinuation, und es ist dieselbe nicht notwendig, weil jene Form wesentlich zum Vorteile des Schenkgebers eingeführt wurde. Der Beschenkte kann die Annahme der Schenkung sowohl gerichtlich als außergerichtlich, ausdrücklich wie stillschweigend, vor oder nach der Insinuation erklären.

Urt. v. 3. Febr. 1882. Entsch. d. RG. Bd. 6 Nr. 49.

3. Ein weiterer Rechtsfall betrifft den Betrag der großen Schenkung. Die oldenburgischen Gerichte hatten, der dortigen Praxis entsprechend, diesen Betrag zu 4200 ℳ. angenommen. Das RG. (Sen. 3) erkannte:

In der Abhandlung von Francke im Archiv für civilistische Praxis Bd. 47 Nr. 18 ist überzeugend dargelegt, daß das deutsche Gewohnheitsrecht, welches in dem Rechtssatze über das Erfordernis der gerichtlichen Insinuation bei großen Schenkungen die 500 solidi durch 500 Dukaten ersetzt hat, von den im Werte von 4 Gulden des 18 Guldenfußes ausgeprägten Reichsdukaten zu verstehen ist, und daß daher die 500 Dukaten dem Betrage von $1555^5/_9$ Thalern im 14 Thalerfuße entsprechen, d. i. in heutiger Münze $4666^2/_3$ ℳ. oder 4666 ℳ. 67 ₰. Die partikulare Gerichtspraxis, auf welche die vorige Instanz

sich beruft, kann keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung machen, da dieselbe, indem sie der Ansicht von Savigny, System Bd. 4 S. 210, sich anschließend, das Gewohnheitsrecht auf einen Dukaten im Werte von 4 Gulden des 20 Guldenfußes bezieht, lediglich in einer unrichtigen Auffassung des maßgebenden Rechtssatzes beruht.

Urt. v. 24. Febr. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 115.

Die Frage, was nach der Ansicht des RG. dazu gehöre, um die Form der gerichtlichen Insinuation zu wahren, ist nicht ganz leicht zu beantworten, weil in den Entscheidungsgründen der Urteile unter 1 und 2 sowohl bei Anerkennung als bei Bemängelung jener Form Erhebliches und Unerhebliches nicht scharf getrennt erscheint. Unzweifelhaft geht aus dem Urteil 2 nur soviel hervor, daß das RG. nicht verlangt

1. eine Erklärung der Schenkung selbst zu Protokoll, und
2. die Anwesenheit des Beschenkten.

Statt der mündlichen Erkärung der Schenkung zu Protokoll läßt das RG. in dem Rechtsfall 2 die Überreichung einer Schenkungsurkunde durch den Schenkgeber bei Gericht gelten. Uber diesen Akt war ein förmliches Protokoll aufgenommen. Nun war doch aber auch in dem Rechtsfall 1 eine die Schenkung bezeugende Urkunde bei Gericht eingereicht, und es fragt sich daher: worin lag denn der durchschlagende Unterschied, welcher in dem Falle 1 die Form als nicht gewahrt erscheinen ließ? Versteht man die thatsächlichen Angaben des Rechtsfalls 1 dahin, daß die Parteien vor Gericht erschienen und die Schenkungsurkunde mit dem Antrag, sie zu den Akten zu nehmen, überreicht haben: dann muß doch dieser Vorgang auch aktenmäßig gemacht sein; und es ist dann nicht recht zu verstehen, warum nicht hierin ein „Protokoll" habe gefunden werden können. Der Unterschied zwischen beiden Fällen läge dann nur darin, daß in dem Falle 2 die Schenkerin noch eine ausdrückliche Anerkennung der Schenkung vor dem Richter zu Protokoll gegeben; was in dem Rechtsfall 1, soviel ersichtlich, nicht geschehen ist.

Untersuchen wir die Frage, wie die Insinuation zu geschehen habe, von einem freien Standpunkt aus, so hat zwar der in dem Urteil 2 enthaltene Ausspruch über das Wesen der Insinuation („wenn auch nach röm. Recht" rc.) die Autorität von Savigny für sich, welcher (Syst. Bd. 3 S. 241) die Insinuation mit ganz den nämlichen Worten definiert. Gleichwohl scheint es mir kaum zweifelhaft, daß schon nach den römischen Bestimmungen die Überreichung einer Schenkungsurkunde bei Gericht nicht allein zulässig, sondern daß gerade vorzugsweise an diese Form bei den Vorschriften über Insinuation gedacht war.

Die erste Vorschrift dieser Art finden wir in der Konstitution des Kaisers Constantin, welche in etwas veränderter Form als l. 25 C. de donat. aufgenommen ist*). In dieser wird die Abfassung einer Schenkungsurkunde vor Zeugen empfohlen, in welcher alle Bedingungen der Schenkung, der Name des Gebers und der Gegenstand der Schenkung genau anzugeben seien; ferner die Tradition, gleichfalls vor Zeugen; endlich die gerichtliche Insinuation mit den Worten: actis etiam annectandis, quae apud judicem vel magistratus conficienda sunt. Liest man diese Konstitution, wie sie namentlich vollständiger noch in Fragm. Vat. § 249 und l. 1 C. Theod. 8, 12 enthalten ist, so kann man gar nicht zweifeln, daß die Abfassung der empfohlenen Schenkungsurkunde außergerichtlich der Insinuation vorausgehen sollte. Was hätte nun wohl eine solche Schenkungsurkunde zu bedeuten gehabt, wenn die Kontrahenten bei der Insinuation doch wieder genötigt gewesen wären, den ganzen Schenkungsvertrag wörtlich zu Protokoll zu geben? Die einzige verständige Verbindung beider Formen konnte nur darin bestehen, daß die Kontrahenten die außergerichtlich vollzogene Schenkungsurkunde bei dem Richter einreichten, und dieselbe dann den Akten „annektiert" wurde. In späteren Konstitutionen wurde nun die Notwendigkeit schriftlicher Abfassung (l. 29 C. h. t.), die Zuziehung von Zeugen (l. 31 eod.) und das Erfordernis der Sachübergabe aufgehoben. Es blieb nur das Erfordernis der Insinuation, welches Justinian auf große Schenkungen beschränkte. Daß aber diese auch mittels Einreichung der Schenkungsurkunde bei Gericht geschehen konnte, dafür spricht zunächst die ganze Art und Weise, wie von diesem Akte geredet wird. Die Worte der l. 25 C. h. t. sind bereits oben erwähnt. Weiter wird von der Insinuation in folgender Weise geredet:

l. 27 eod.: . . . ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur; . . . quod necessario super donationibus apud acta conficiendis statuimus; . . . gesta autem confici super rebus etiam alibi collatis ubicunque sufficit;

l. 30 eod. . . . conscriptae donationes . . . apud magistrum census insinuentur; . . . donationes publicare; . . . donationes intimare; . . . donationes, quae fuerint publicatae . . .;

l. 31 eod. In donationibus, quae actis insinuantur . . .; . . . cum publica monumenta sufficiant; . . . donationes, quae gestis non est necessarium allegari;

l. 32 eod. . . . donationes apud magistrum census insinuari praecipimus; . . . his, qui ad ejusmodi insinuationem pervenerint; . . . tabelliones, qui testimonium suum praebuerint;

*) Vgl. Savigny Syst. Bd. 4 S. 199 ff.

l. 34 § 1 eod. ... donationes non indigere monumentis; ... donationes, nisi actis intervenientibus corroboratae sint; ... si minime actis comprobata est; § 4 ... eas actis non indigere; ... monumentorum observatione vallandam; ... omnimodo acta deposcere;

l. 35 § 3 ... nulla monumenta requirantur; ... ad acta publica reccuratur;

l. 36 eod. ... utpote gestis non subsecutis super insinuatione ejusdem quantitatis; § 1 ... a gestorum absolvimus ordinatione; § 2 ... licet gesta non fuerint subsecuta; § 3 ... donationes, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae; ... donationes sine insinuatione;

l. 17 C. de donat. ante nuptias 5, 3 ... actorum testificatione;

l. 1 C. Theod. de sponsal. 3, 5 ... nullam liberalitatem valere, si actis inserta non esset.

l. 3 C. Theod. 8, 12 ... donationes, nisi apud actorum contestationem confectae fuerint; ... donationum instrumenta apud acta allegare;

l. 6 eod. ... donationes, quae actorum indicia non haberent;

l. 8 eod. ... ut instrumentum, quo continetur munificentia, apud acta publicetur.

Suchen wir den Inhalt aller dieser buntscheckigen Ausdrucksweisen in unsere heutige Geschäftssprache zu übersetzen, so dürfte nichts andres damit gesagt sein als: die Schenkung muß von den Kontrahenten bei Gericht aktenmäßig gemacht werden*). Wenn wir heutzutage vorzugsweise das Wort „Insinuation" gebrauchen, so dürfte dies auf der Ausdrucksweise der Institutionen (II, 7 § 2) beruhen. Dort wird wiederholt das Wort: „insinuatio" gebraucht. Aber auch dieses gewissermaßen offiziell gewordene Wort gibt keinen anderen Sinn. In seiner unzweifelhaften Ableitung von sinus (der Falte der Toga, welche als Tasche diente) bezeichnet das Wort ursprünglich die Zustellung eines körperlichen Gegenstandes, den man in dem sinus bergen konnte; und erst in zweiter Linie eine Mitteilung lediglich geistiger Art. In dem ersteren Sinne brauchte es auch noch bis in die neueste Zeit die Juristensprache für die Zustellung einer gerichtlichen Verfügung, also einer Schrift.

Positiv für die Zulässigkeit der Insinuation mittels Überreichung der Schenkungsurkunde spricht noch der Umstand, daß nicht allein in l. 25 C. h. t. die Bestimmung über Abfassung

---

*) Gothofred sagt (zu l. 27 C. h. t.): Insinuare est in acta et testationem publicam judiciariam referre donationem.

der Schenkungsurkunden stehen geblieben ist, sondern daß auch noch weitere Konstitutionen dieselbe als regelmäßig voraussetzen. So l. 29 ... etsi sine scripto donatum quid fuerit; l. 30 ... conscriptae donationes ... insinuentur; l. 31 ... si donator secundum solitam observationem subscripserit. Es wäre ganz widersinnig gewesen, wenn in allen solchen Fällen die Kontrahenten die vollzogene Urkunde hätten in der Tasche behalten sollen, um vor Gericht die Schenkung von Neuem wörtlich zu Protokoll zu geben.

Endlich wird man auch anerkennen müssen, daß der vernünftige Zweck der Insinuation — Sicherung der Ernstlichkeit des Aktes, sowie des Beweises — eben so gut durch die Überreichung der Schenkungsurkunde erreicht wird, wie durch eine Erklärung zu Protokoll. Kennt doch auch das römische Recht schon für Testamente, deren Sicherung noch wichtiger ist, die Form der Einreichung bei Gericht*).

Geht man nun davon aus, daß die gebotene Insinuation auch durch Einreichung der Schenkungsurkunde bei Gericht geschehen könne, dann ist nicht abzusehen, weshalb daneben noch etwas weiteres erforderlich wäre. Wer eine Schenkungsurkunde offen dem Richter überreicht, mit dem Antrage, sie zu den Akten zu nehmen, von dem wird man unterstellen dürfen, daß er auch den Inhalt der Urkunde kennt, und daß er diesen gegen sich gelten lassen will. Eben so darf man von der Legalität des Richters voraussetzen, daß er die Urkunde mit Kenntnis von deren Inhalt entgegennimmt. Eine protokollarische Erklärung der Partei, „daß sie den Inhalt der Urkunde anerkenne", ist hiernach ein Überfluß. Und ebensowenig braucht die Partei um eine „Ausfertigung" oder gar um eine „solenne Ausfertigung" zu bitten. Wenn also auch nur folgender Akt vorläge:

> „Geschehen ... Erschien N., überreichte die Schenkungsurkunde Anl. a und bat, solche zu den Gerichtsakten zu nehmen, Beglaubigt ꝛc."

so ist nicht einzusehen, warum dies nicht eine vollgültige Insinuation sein sollte.

Für die freiere Form der Insinuation haben sich auch ausgesprochen die OAG. zu Jena, Darmstadt, Wolfenbüttel in den oben angeführten Entscheidungen bei Seuffert; wogegen das OAG. zu Rostock (das. Bd. 16 Nr. 111) eine strengere Ansicht vertritt.

Vielleicht ist aber das Thatsächliche des Rechtsfalls 1 dahin zu verstehen, daß die Kontrahenten gar nicht persönlich vor Gericht erschienen sind, vielmehr ihre Urkunde in anderer Weise an das

*) l. 19 C. de testam. 6, 23.

Gericht haben gelangen lassen. Dann würde also der Bestand einer Insinuation verneint sein wegen Mangels persönlichen Erscheinens. Hierfür lassen sich allerdings erhebliche Gründe anführen. Die Sicherheit des Geschäfts wird durch ein persönliches Erscheinen wesentlich erhöht, und es dürfte deshalb das Gebot eines solchen im Sinne des Gesetzes liegen. Wo man übrigens die Überreichung von Testamenten durch Spezialbevollmächtigte zuläßt, dürfte es sich rechtfertigen, gleiches auch für Schenkungen gelten zu lassen.

Selbstverständlich bleibt es, so lange man die Ansichten des höchsten Gerichtshofs nicht genau kennt, kautelarisch ratsam, bei vorzunehmenden Schenkungen jederzeit ein so mustergültiges Protokoll aufnehmen zu lassen, wie ein solches der Rechtsfall 2 aufweist.

Der letzte Teil des RG.-Urteils unter 1 handelt von dem Gewohnheitsrechte. Es sei hier gleich erwähnt, daß ich es für richtig halte, wenn das RG. es verneint, daß eine gewohnheitsrechtliche Norm lediglich auf Grund der Praxis eines einzelnen Untergerichtes sich bilden könne, und daß ich deshalb im Resultat dem Urteil beistimme. Im übrigen aber geben die Gründe des RG. zu einigen Bedenken Veranlassung.

Das RG. verwirft die Behauptung eines die gewählte Rechtsform rechtfertigenden Gewohnheitsrechts zunächst deshalb, „weil durch bloßen Gerichtsgebrauch überhaupt Gesetze, zumal zwingende Vorschriften, wie das hier fragliche Solennitätsgebot, nicht abgeändert werden können, da der Richter nur nach den Gesetzen zu verfahren habe". Nur dann will es — wie man aus einem späteren Satze schließen darf — auch den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle gelten lassen, „wenn der Richter sich zum Träger der Rechtsüberzeugung des Volkes gemacht, der Gerichtsgebrauch folglich nur die Form sei, in welcher ein wahres Gewohnheitsrecht zum Ausdrucke gelange".

Wir können dahingestellt sein lassen, ob und in wie weit ein modernes, unmittelbar von der Staatsgewalt erlassenes Gesetz durch Gerichtsgebrauch abgeschafft werden könne, obwohl gewiß in den meisten deutschen Ländern eine Menge älterer landesherrlicher Verordnungen (z. B. Kleiderordnungen, Verbot des Kaffeetrinkens u. s. w.) lediglich auf diesem Wege abgeschafft worden sind. Ich möchte aber bestreiten, daß die Satzungen des röm. Rechts in diesem Sinne „Gesetze" seien. Wie ist denn das röm. Recht mit allem, was davon gilt und nicht gilt — denn auch des letzteren ist eine erhebliche Menge — in Deutschland Recht geworden? Ein Akt der Staatsgewalt hat es nirgends eingeführt. Auch

nicht die Rechtsüberzeugung des Volkes; dieses hat vielmehr an vielen Stellen heftig widerstrebt. Lediglich der Gerichtsgebrauch — die Überzeugung der Juristen, daß mit dem deutschen Rechte nicht auszukommen sei — hat die Einführung bewirkt. Auch die Grenze dieser Einführung ist auf die Juristen zurückzuführen; von den Glossatoren an, welche eine Anzahl Stellen unglossiert ließen und dadurch von der Anwendbarkeit ausschlossen. Ursprünglich ging jedoch das Streben der Juristen, das röm. Recht zur Geltung zu bringen, weit über die Grenzen hinaus, innerhalb welcher wir jetzt dasselbe als gültig anerkennen. Erst nach und nach brach sich eine Anzahl deutscher Rechtsinstitute wieder Bahn, da die Juristen sie nicht zu unterdrücken vermocht hatten. Auf diese Weise entstand die Disziplin des deutschen Privatrechts; wiederum durch den Gerichtsgebrauch, der aber hier allerdings mehr als Träger der im Volk selbst lebenden Rechtsüberzeugung thätig war. Dadurch wurde wiederum eine Menge höchst erheblicher Änderungen des röm. Rechts herbeigeführt.

Wenn man diese ganze Rechtsentwicklung betrachtet, kann man dann in Beziehung auf die Anwendbarkeit römisch-rechtlicher Vorschriften wohl in Wahrheit sagen: durch bloßen Gerichtsgebrauch können Gesetze nicht geändert werden? Mit diesem Ausspruch könnte das RG. auch ein Urteil reformieren, welches dem Satz: nudum pactum obligationem non parit, Anwendung zu geben verweigert. Oder will man vielleicht behaupten, unsere Vorfahren seien zwar noch fähig gewesen, im Wege des Gerichtsgebrauchs Modifikationen in Anwendung des röm. Rechts herbeizuführen; wir aber seien dazu unfähig? Ich wage nicht, ein solches Zeugnis uns auszustellen.

Wohl aber gibt es eine andere Grenze für die rechtsbildende Kraft des Gerichtsgebrauchs, welche vielfach nicht beachtet wird. Ich nehme Bezug auf das, was ich oben (Nr. III) über die gebotene Unterscheidung zwischen positivem und wissenschaftlichem Recht gesagt habe. Ich bin der Ansicht, daß auf dem Gebiete des wissenschaftlichen Rechts der Gerichtsgebrauch nicht zu einer eigentlichen Rechtsquelle werden kann, und zwar deshalb, weil dieser Teil unseres Rechts aus der Natur der Dinge sich entwickelt, die Natur der Dinge aber nicht durch positive Gestaltung geändert werden kann. Ist es z. B. richtig, daß im Sinne unseres Rechtslebens die Hingabe eines Schuldscheins einen Willensakt bildet, so mögen die Gerichte noch so oft aussprechen, es sei damit nur „ein Beweismittel“ geschaffen: die Natur des Schuldscheins ändert sich dadurch doch nicht. Sie ändert sich dadurch ebensowenig, wie sich eine Krankheit dadurch ändert, daß die Ärzte eine falsche Ansicht von ihrer Natur haben. Diese falsche Ansicht kann allerdings in der

Art wirken, daß manche Kranke darunter zu leiden haben; aber die Natur nimmt unverändert ihren Lauf. Eben deshalb können Präjudizien auch der höchsten Gerichtshöfe auf diesem Gebiete des Rechts immer nur als wissenschaftliche Autorität gelten.

Anders auf dem Gebiete des positiven Rechts. Innerhalb des relativ willkürlichen Raums, auf welchem sich dieses bewegt, ist gerade der Gerichtsgebrauch berufen, erläuternd, ergänzend und geeignetenfalls schaffend einzutreten. Gerade weil auf diesem Gebiete die Vorschriften eine relativ gleichgültige Natur haben, besteht das dringendste Bedürfnis darin, daß hier eine ständige, sich gleich bleibende Übung geschaffen und dadurch jede Willkür ausgeschlossen werde. Nur wenn der Gerichtsgebrauch in geradezu unverständigen Schöpfungen sich ergangen hätte, würde auch auf diesem Gebiete eine bessere Praxis demselben entgegenzutreten den Beruf haben. Natürlich kann aber eine rechtsbildende Thätigkeit dieser Art sich nur an die Praxis höherer Gerichtshöfe knüpfen, da das Bedürfnis der Gleichheit des Rechts im Staate eine selbständige rechtsbildende Thätigkeit in jedem kleinen Rechtskreise ausschließt. Gesetzt also, es hätte das vorm. OAG. zu Darmstadt (in dessen Bereich der hier besprochene Rechtsfall vorkam) durch eine feste Praxis die Formen für die Insinuation der großen Schenkung in einer näheren (zumal minder formellen) Weise festgestellt, so würde meiner Ansicht nach das RG. nicht wohlgethan haben, wenn es, selbst auf Grund besserer Erkenntnis der röm. Bestimmungen, daran etwas hätte ändern wollen. Denn viel höher als das Mehr oder Minder einer solchen Form steht die an eine sich gleichbleibende Praxis geknüpfte Rechtssicherheit. Hier also ist die Praxis zu einer wahrhaft rechtsbildenden Wirksamkeit berufen*).

Daß übrigens in Fällen dieser Art der Gerichtsgebrauch in seiner rechtsbildenden Kraft nicht als „Träger der Rechtsüberzeugung des Volkes“ gelten könne, dürfte kaum zweifelhaft sein. Denn auf dem Gebiete der positiven Satzungen hat das Volk keine Rechtsüberzeugung. Sie sind lediglich eine Frucht des Juristenrechts. Oder glaubt man, daß in irgend einem Lande für die notwendige Form großer Schenkungen eine Rechtsüberzeugung des Volkes, unabhängig von den Erkenntnissen der Gerichte, bestehe?

Das hier Besprochene dürfte auch geeignet sein, die vielumstrittene l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53 zu erklären.

---

*) Aus diesem Grunde habe ich es seinerzeit auch nicht für richtig halten können, daß das neugeschaffene OAG. zu Berlin die in einzelnen der ihm untergebenen Ländern bestehende feste Praxis, daß servitutes discontinuae nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, zu ändern sich berufen fühlte, lediglich aus einem doktrinären Bedürfnis. — Richtige Grundsätze über die rechtsbildende Kraft der Praxis sind vertreten in der Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 99.

Unter „consuetudo ususque longaevus“ ist der Gerichtsgebrauch zu verstehen. Diesem wird rechtsbildende Kraft (auctoritas) beigemessen, jedoch nicht in der Art, „ut aut rationem vincat, aut legem“. Ratio ist das, was ich oben die Natur der Sache nannte, das „entschieden Vernünftige“. Lex ist der positive Erlaß des Gesetzgebers. So verstanden, gibt die Stelle einen verständigen Sinn. Nur würde es irrig sein, die Aussprüche der römischen Quellen für uns als „leges“ gelten zu lassen. Selbst die eigentlichen römischen leges — Kaiser-Konstitutionen*) — haben für uns eine andere Bedeutung.

Der dritte oben mitgeteilte Rechtsfall kann zur ferneren Erläuterung dieser Lehre dienen. Er bildet ein Beispiel dafür, wie meiner Ansicht nach die Praxis die in ihre Hände gelegte rechtsbildende Wirksamkeit nicht ausüben sollte.

Um die Vorschrift Justinians über die große Schenkung anzuwenden, mußte man natürlich sich die Frage beantworten, welcher Geldbetrag der von Justinian bezeichneten Summe von 500 solidi entspreche. Darüber sagt nun Savigny (Syst. Bd. 4 S. 210): „Die neuere Praxis hat den heutigen Dukaten als römischen solidus angenommen. Auch damit wäre noch keine feste Größe gewonnen, teils weil es verschiedene Sorten von Dukaten gibt, teils weil der Kurs einer jeden dieser Sorten Schwankungen unterworfen ist. Allein glücklicherweise ist die Praxis noch einen Schritt weiter gegangen und hat den Wert angenommen, in welchem der ungarische Dukaten ursprünglich ausgeprägt wurde, nämlich 2⅔ Thaler oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß**). Hiernach betragen 500 solidi soviel als 2000 schwere Gulden, oder 100 Mark fein in Silber, oder 1400 preußische Thaler. Allerdings ist der wahre Wert des Justinianischen solidus etwa 5 schwere Gulden; allein diese Abweichung von der historischen Genauigkeit, bei einer an sich willkürlichen und gleichgültigen Summe, kann nicht in Betracht kommen im Widerspruch mit der übereinstimmenden Praxis, und die gleichförmige Anerkennung eines festen Wertes muß als wahrer Gewinn betrachtet werden.“

Man sollte nun denken, daß hierbei die Praxis wohl sich hätte beruhigen, und namentlich über die Thatsache, daß in Wirklichkeit der solidus einen etwas höheren Wert gehabt, auf Grund der Autorität Savignys, der auch schon diese Thatsache kannte und doch auch einigen historischen Sinn hatte, hinwegkommen können. Man hatte dann eine runde Summe, die Jeder leicht im

---

*) Vgl. Puchta, Institut I § 133.

**) Hier wird Bezug genommen auf Carpzov und Pufendorf. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 18 Nr. 39.

Gedächtnis behalten konnte. Aber einen Teil unserer Praxis ließ doch diese Lehre nicht zu Ruhe kommen. Eine Entscheidung des OAG. zu Dresden (Seuffert Bd. 31 Nr. 137) will überhaupt eine feste Summe für die große Schenkung nicht anerkennen, sondern den Betrag nach dem jeweiligen Kurswerte der Dukaten berechnen. Sodann aber glaubte Francke sich um die Rechtswissenschaft dadurch verdient zu machen, daß er eine Abhandlung schrieb, worin er darlegte, daß die 500 Dukaten, welche der Gerichtsgebrauch an Stelle der solidi gesetzt, nicht 1400, sondern 1555 5/9 Thaler betragen. Sofort aber fand das OAG. zu Celle, „daß Francke überzeugend dargethan, wie die Annahme von 1400 Thaler als Betrag der großen Schenkung lediglich auf einer falschen und deshalb nicht bindenden Berechnung beruhe“ (Seuffert Bd. 27 Nr. 229, Bd. 34 Nr. 119). Und dementsprechend hat nun auch das RG. gefunden, „daß die Abhandlung von Francke überzeugend dargelegt, daß die Summe der großen Schenkung nach richtiger Auffassung des maßgebenden Rechtssatzes 4666 Mark 67 Pfennige betrage“.

Was ist nun hiermit gewonnen? Praktisch doch gewiß nichts. An und für sich ist es ja ganz gleichgültig, ob man die Summe der großen Schenkung etwas höher oder niedriger greift. Man hat also nur erreicht, daß an die Stelle der alten leicht faßbaren eine neue, nur wenig differierende, künstliche Zahl gesetzt ist, die das Gedächtnis schwer erfaßt, und die dem Laien als eine leidige Kuriosität erscheinen muß. Ich bin der Ansicht, daß man in Fällen dieser Art besser thäte, es bei der alten Praxis zu belassen, als einer neuen rein doktrinären Theorie Folge zu geben.

Zum Schluß setze ich noch einige Worte hierher, die Savigny (zwei Seiten früher) in Betreff der von Marezoll gemachten Entdeckung, daß jede Schenkung, mit Ausnahme der insinuierten, die Zuziehung von drei Zeugen erfordere, ausspricht. Er sagt: „Selbst wenn diese historische Untersuchung auf jenes Ziel führte, so würde dies doch keinen Unterschied für das heutige Recht machen. Denn es handelt sich hier nicht um ein Rechtsinstitut, welches durch neue wissenschaftliche Forschung gereinigt, ergänzt, und so von der Entstellung durch bisherige Irrtümer befreit werden könnte, sondern von einer ganz einzelnen, willkürlichen Förmlichkeit, welche durch den Nichtgebrauch so vieler Jahrhunderte untergegangen sein würde, selbst wenn sie aus den Quellen des Justinianischen Rechtes sich rechtfertigen ließe.“ Das ist grundsätzlich ganz dieselbe Anschauung, die auch ich hier zu vertreten wage.

XXI. Die mutmaßliche Lebensdauer eines Menschen.

In einem Falle, wo es sich darum handelte, zum Zweck der Bestimmung der einer Witwe zu gewährenden Entschädigung für den Tod ihres als Eisengießer verunglückten Mannes die muthmaßliche Lebensdauer des letzteren zu berechnen, hatte die Vorinstanz in Anwendung der l. 68 D. ad leg. Falcid. 35, 2 dem bei seinem Tode 49 Jahre alten Manne noch eine mutmaßliche Lebensdauer von 11 Jahren beigemessen, und demgemäß der Witwe die Rente nur bis zum vollendeten 60. Lebensjahr des Mannes zuerkannt. Das RG. (Sen. 3) mißbilligte diese Entscheidung, indem es aussprach:

Die Vorschriften der l. 68 ad leg. Falcid. sind nur gegeben für einen speziellen Fall, nämlich für die Berechnung der Falcidischen Quart, und sie lassen daher eine ausdehnende Anwendung auf sonstige Fälle, wenigstens auf nicht erbrechtliche Fälle, nicht zu. Hat sonach die l. 68 vorliegend außer Anwendung zu bleiben, so kann die Dauer der Zeit, welche der Verstorbene ohne Verunglückung wahrscheinlich noch gelebt haben würde, nur bestimmt werden auf Grund der nach den Ergebnissen der Statistik einem Menschen seines Alters durchschnittlich zuzuschreibenden Lebensdauer, und daneben unter Berücksichtigung desjenigen, was in Betreff solcher Verhältnisse seiner Person, wegen deren für ihn eine längere oder kürzere Lebensdauer, als die durchschnittliche, in Aussicht genommen werden dürfte (Gesundheitszustand, Beruf, Lebensgewohnheiten) beigebracht worden ist. . . .

(Hier schließt die Mitteilung der offiziösen Sammlung, und es wird nur noch gesagt, daß auf Grund der Angaben neuerer Sterblichkeitstabellen die Dauer der Rente nach freiem Ermessen festgesetzt worden sei. Der weitere Inhalt des Urteils lautet jedoch folgendermaßen:)

Der Verstorbene war zur Zeit des Todes 49 Jahre alt. Die neueren Mortalitätstabellen divergieren in Betreff der Lebensdauer, welche ein Mensch dieses Alters durchschnittlich noch zu verleben hat, von etwa 18 bis 20 Jahren. Brune's auf die Ergebnisse der preußischen Witwenkassen gegründete Tafeln bestimmen dieselbe auf 19,22 Jahre, während sie in Heym's sächsischer Mortalitätstabelle auf 18,71 Jahre angegeben wird. Nach den Vorschriften des § 35 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs, welchen die Ergebnisse der neueren Statistik zu Grunde liegen, ist einem Menschen, welcher im Alter von 45 bis 50 Jahren steht, eine Lebendauer von noch 19 Jahren zuzuschreiben. Darf man hiernach die durchschnittliche Dauer des ferneren Lebens eines 49 Jahre alten Menschen auf ungefähr 19 Jahre annehmen, und ist ferner mit der Vorinstanz in Betracht zu ziehen, daß Arbeiter im Beruf des Verstorbenen vor Erreichung des durchschnittlichen Lebensalters zu sterben pflegen, so rechtfertigt es sich, von der Annahme auszugehen, daß der Verstorbene ohne den fraglichen Unglückfall bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres gelebt haben würde, und demnach, da der Geburtstag des Verstorbenen nicht erhellt, im Anschluß an den Tag seiner Verunglückung die Dauer der Rente auf die Zeit bis zum 1. Okt. 1893 zu beschränken.

Urt. v. 22. Nov. 1881 i. S. Bock w. Michaelsen. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 29.

Der hier fragliche Rechtsfall steht insofern in einer gewissen Verwandtschaft mit dem Rechtsfall 2 der letzten Besprechung, als es sich hier, wie dort, um ein in den röm. Rechtsquellen gegebenes Zahlenverhältnis handelt. Während aber die Bestimmung über die Summe der großen Schenkung unzweifelhaft rein positiver Natur ist, liegt den Zahlenbestimmungen der l. 68 ad leg. Falc. in den physiologischen Erfahrungen über die Dauer des menschlichen Lebens ein rationelles Element zu Grunde, wodurch es zweifelhaft wird, ob wir jenen Ausspruch als positives oder nur als wissenschaftliches Recht*) zu betrachten haben. Nähme man das erstere an, so müßte jener Ausspruch auch noch heute gelten. Dann würde es aber auch gerechtfertigt sein, ihn auf alle Rechtsverhältnisse, bei welchen die mutmaßliche Lebensdauer eines Menschen in Frage steht, analog anzuwenden. Denn es ist absolut nicht abzusehen, weshalb für die Berechnung der Falcidischen Quart etwas Besonderes hätte gelten sollen. Geht man dagegen davon aus, daß die l. 68 nur eine Bekundung der auf die damaligen Erfahrungen gegründeten römischen Praxis enthalte, so rechtfertigt es sich, die davon wesentlich abweichenden Erfahrungen, welche wir jetzt auf Grund der neueren Lebensstatistik besitzen, an deren Stelle zu setzen. Dann liegt aber auch kein Grund vor, dieselbe doch noch für die Berechnung der Falcidischen Quart gelten zu lassen.

Im Interesse der materiellen Gerechtigkeit wird man nun sehr geneigt sein, in der l. 68 lediglich wissenschaftliches Recht zu erblicken und an den von ihr gegebenen Zahlen keineswegs festzuhalten. Die Schwierigkeit liegt dann nur in der Frage, wie dasjenige zu bestimmen sei, was man an die Stelle zu setzen habe. Es gibt nämlich eine Mehrzahl von aufgestellten Sterblichkeitstabellen, welche, wenn auch ihre Zahlen durchweg die der l. 68 erheblich überragen, doch unter sich nicht völlig übereinstimmen. Darnach bot aber gerade die Frage, wie das RG. nach Beseitigung der l. 68 die Aufgabe, die Lebensdauer zu bestimmen, seinerseits gelöst habe, das größte Interesse dar; und es ist nicht wohl zu verstehen, warum gerade der hierüber lautende Teil der Entscheidung in der offiziösen Ausgabe wegblieb.

Das RG. nimmt auf zwei Tabellen Bezug, die einigermaßen von einander abweichen. Es hilft sich aber damit, daß es innerhalb dieser Schwankungen das richterliche Ermessen walten läßt, welchem es dann auch noch mit Rücksicht auf Gesundheit, Beruf und Lebensgewohnheiten des Verstorbenen einen noch freieren Spielraum gestatten will. In dem gegebenen Falle nimmt es nach dem ungefähren Mittel der aus den gedachten Tabellen sich

*) S. oben Nr. III.

ergebenden Zahlen, sowie in Übereinstimmung mit einer Vorschrift des sächsischen Gesetzbuchs (§ 35), die mutmaßliche längere Lebensdauer eines Mannes von 49 Jahren zu 19 Jahren an, setzt aber diese mit Rücksicht auf den Beruf des Verstorbenen auf 16 Jahre herab. Während dieses dem Gericht vindizierte freiere Ermessen der in der Verschiedenheit der Tabellen liegenden Schwierigkeit gegenüber die richterliche Entscheidung wesentlich erleichtert, trägt dagegen das hervorgehobene Moment, daß auch Gesundheit, Beruf und Lebensgewohnheiten Berücksichtigung finden sollen, eine nicht unerhebliche Schwierigkeit in die Sache hinein; zumal, wenn man unterstellt, daß diese als maßgebend bezeichneten Verhältnisse zwischen den Parteien streitig und zum Gegenstand von Beweisverhandlungen gemacht werden sollten. Man wird wohlthun, wenn man sich in der Praxis stets erinnert, daß bei Fragen solcher Art ein verständiges richterliches Durchgreifen weit wohlthätiger wirkt, als weitläufige Prozeßverhandlungen.

Eine Schwierigkeit für die Gerichte, der Rechtsprechung des RG. zu folgen, wird aber noch darin liegen, daß nicht überall Sterblichkeitstafeln zu Gebote stehen. Um dieser Schwierigkeit abzuhelfen, füge ich hier eine Zusammenstellung einiger Tafeln bei*). Es sind das die in dem Werke von A. Emminghaus „Mitteilungen aus der Geschäfts- und Sterblichkeitsstatistik der Lebensversicherungsbank für Deutschland zu Gotha für die 50 Jahre von 1829 bis 1878“ und in der „Zeitschrift des kgl. preuß. statistischen Bureaus, Jahrg. 19, 1879“ (Abhandlung von Firks) S. 18, 19 enthaltenen Tafeln. Die Berechnung der Gothaer Tafel ist nur für Männer aufgestellt. In beiden Tafeln sind die entsprechenden Zahlen für jedes Jahr des Lebens besonders aufgeführt. In der nachstehenden Zusammenstellung ist der Kürze halber für jedes Jahrfünft nur die mittlere Zahl angegeben, so daß also die für das Lebensalter 5—10 angegebene Zahl die speziell für das Jahr 7—8 berechnete ist. Darnach lassen sich aber die dazwischen liegenden Zahlen ihrem ungefähren Betrage nach leicht ausfüllen. Bei dem vorbehaltenen richterlichen Ermessen, welches doch regelmäßig die Zahl abrunden wird, dürfte es aber auch nur auf diesen ungefähren Betrag ankommen. Zur Vergleichung sind die Zahlen der l. 68 ad leg. Falc., sowie die des sächsischen Gesetzbuchs vorangestellt.

---

*) Die im RG.-Urteil angezogenen Tafeln von Heym und Brune habe ich weder im Buchhandel noch sonst erlangen können.

Lebensalter	Mutmaßliche längere Dauer des Lebens				
	l. 68 a. l. F.	Sächsische GB.	Gothaer Tafel	Preuß. Statistik männlich	Preuß. Statistik weiblich
0—1		35		37,1	41,7
1—2		41		50,9	54,2
2—3				52,9	56,1
3—4				53,3	56,6
4—5	30	44		53,1	56,3
5—10				51,4	54,6
10—15		41		47,4	50,5
15—20		38	(für 20 Jahre) 42,01	43,0	46,1
20—25	28	35	40,81	38,9	41,8
25—30	25	32	37,05	35,0	37,7
30—35	22	28	33,11	31,0	33,7
35—40	20	25	29,19	27,2	29,7
40—45	19—15	22	25,34	23,5	25,8
45—50	14—10	19	21,59	19,9	21,8
50—55	9	16	18,03	16,5	17,9
55—60	7	13	14,71	13,2	14,2
60—65	5	10	11,71	10,4	11,0
65—70		8	9,10	7,9	8,3
70—75		6	6,95	5,8	6,0
75—80		5	5,14	4,0	4,1
80—85		4	3,58	3,0	3,1
85—90		3	2,52	2,2	2,5
90—95		2	2,07	2,2	2,4
95—100				2,3	2,6
100		1		1,5	1,4

XXII. Entschädigung im Enteignungsverfahren.

Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1874.

1. Zur Anlage eines Bahnhofs wurde über ein dem Weinhändler W. zu Kassel gehöriges, in einer nahen Dorfgemarkung gelegenes Grundstück von ungefähr 1⅓ Acker Größe im Jahre 1875 das Enteignungsverfahren eingeleitet. W. hatte das Grundstück im Jahre 1873 angeblich für 8025 ℳ. gekauft und mittels einiger geringen hergestellten Anlagen seit etwa Jahresfrist darauf Lehmsteine gebrannt. Im Enteignungsverfahren wurde, übereinstimmend mit dem Werte anderer gleich gelegener Grundstücke, der Wert für den Acker auf 4000 ℳ. geschätzt, und demgemäß dem W. als Entschädigung 5843 ℳ. zuerkannt. W. beschritt hiergegen den Rechtsweg, machte geltend, daß das Grundstück zur Fabrikation von Lehmsteinen sich geeignet habe, welche ihm auf eine Reihe von Jahren einen Reingewinn von 5000 ℳ. gesichert hätte, und forderte deshalb als Entschädigung 74 133 ℳ.. Die in erster Instanz vernommenen Sachverständigen erklärten, daß sich das Grundstück wegen seiner geringen Ausdehnung

zu einem Fabrikbetriebe nicht eigne, sondern nur zur Herstellung von Lehmsteinen mittels Feldbrandes; und schätzten hiernach den Wert zu einem noch geringeren Preise (3300 *M.* für den Acker). Darnach wurde die Klage in erster Instanz abgewiesen. Auf Appellation des Klägers (bei welcher derselbe übrigens seinen Anspruch auf 25000 *M.* ermäßigte) verordnete das AG. mit Rücksicht auf die Eignung des Grundstücks zur Lehmsteinbereitung eine Abschätzung durch neue Sachverständige. Diese stellten eine Berechnung auf, wie viel Lehmsteine nach der mutmaßlichen Stärke der Lehmschicht aus dem Grundstücke gewonnen werden können; verteilten diese Gewinnung auf einen Betrieb von 10 Jahren, berechneten die Betriebskosten und den mutmaßlichen Verkaufspreis der Lehmsteine, und gelangten so zu der Annahme, daß der Kläger aus dem Grundstück 10 Jahre lang eine Jahresrente von 1166 *M.* hätte beziehen können. Diese zehnjährige Rente, zusammengerechnet mit dem alsdann noch verbleibenden Werte des Grundstücks an 1500 *M.*, jedoch unter Abrechnung der Zwischenzinsen, bezeichneten sie als die dem Kläger zu gewährende Entschädigung, welche sie hiernach auf 9925 *M.* bestimmten. Dieser Betrag wurde dann auch vom AG. dem Kläger zuerkannt.

Auf die hiergegen erhobene Revision hob das RG. (Sen. 3) diese Entscheidung auf, und verordnete eine neue Abschätzung durch andere Sachverständige nach Maßgabe der nachfolgenden Entscheidungsgründe:

Die angefochtene Entscheidung geht mit Recht davon aus, daß bei der Abschätzung des dem Kläger zu ersetzenden „vollen Wertes" des enteigneten Grundstücks derjenige höhere Wert in Ansatz gebracht werden müsse, welcher dadurch etwa begründet ist, daß das Grundstück zufolge der darin enthaltenen Lehmschicht „zur Lehmsteinbereitung mittels Feldbrandes" sich eignet. Es ist jedoch die aus diesem Gesichtspunkt aufgestellte Wertberechnung, welche das AG. seinem Urteil zu Grunde legt, aus den vorgenommenen Ermittelungen, in Verbindung mit den in Betracht kommenden sonstigen Umständen des Falles, nicht zu rechtfertigen.

Die Sachverständigen haben zunächst vom Standpunkt eines rationellen Ziegeleibetriebes aus festgestellt, in welchem Zeitraum die Lehmschicht des enteigneten Grundstücks vollständig ausgebeutet und welcher Reinertrag aus diesem Betriebe während jenes Zeitraumes alljährlich gezogen werden könne. Sie haben ferner den Wert abgeschätzt, welchen das Grundstück nach dieser vollständigen Ausbeutung des Lehmes noch haben werde. Und sie haben dann den dem Kläger zuzubilligenden Entschädigungsbetrag finden wollen durch Zusammenrechnung der sämtlichen Jahreserträge der Lehmsteinbereitung, mit Hinzurechnung des später dem Grundstücke verbleibenden Wertes, unter Reduktion derselben auf einen Kapitalwert nach einer Rentenrechnung zu 5%. Diese Art der Wertermittelung greift in mehrfacher Hinsicht fehl. Der Ertrag einer Ziegelei hängt hinsichtlich der Absatzgelegenheit, der Konkurrenz und der Höhe der Preise von so vielen veränderlichen Umständen ab, daß eine auch nur annähernd zuverlässige Veranschlagung derselben auf eine längere Reihe von

Jahren nicht möglich ist. Derselbe ist ferner, auch nach dem bereits stattgefundenen Abzuge der in dem Gutachten veranschlagten Gewerbsunkosten, keineswegs in seiner ganzen Höhe als Ertrag aus dem benutzten Grundstücke anzusehen; es ist darin vielmehr, neben der Bodenrente auch der Gewerbeverdienst des Geschäftsherrn, sowie der Gewinn enthalten, den der letztere auf das in einem solchen Gewerbe auch bei dem einfachsten Betriebe angelegte Kapital zu rechnen hat.

Hiernach ist die Art und Weise, wie die Sachverständigen für die Wertbestimmung zu Werke gegangen, nicht zu billigen. Vielmehr hat die für den Zweck der Enteignung zu bewirkende Abschätzung, welche die Aufgabe hat den objektiven Wert der Sache selbst festzustellen, in der Regel und zunächst die Ermittelung des Preises zur Grundlage zu nehmen, welchen der Eigentümer nach Ort und Zeit unter günstigen Verhältnissen beim freiwilligen Verkauf des enteigneten Grundstücks zu erlangen im Stande ist. In dem hiernach zu bemessenden Entschädigungsbetrage wird der Eigentümer zugleich die Mittel erhalten, welche ihn zur Anschaffung eines ausreichenden Ersatzes in den Stand setzen. Nur wo die Voraussetzung, daß es an der Gelegenheit zur Anschaffung eines Ersatzes für das enteignete Grundeigentum nicht fehle, nicht zutrifft, oder wo ein durch die besonderen Umstände des Falles begründeter, durch anderweite Anschaffung nicht zu ersetzender Mehrwert in Frage kommt, kann es gerechtfertigt sein, eine andere Art der Wertermittelung einzuschlagen.

Durch die Umstände des vorliegenden Falles, soweit dieselben ersichtlich sind, ist aber eine Abweichung von der vorbezeichneten Regel nicht zu begründen. Es liegt kein Grund vor zu der Annahme, daß für ein Grundstück, wie das hier fragliche, welches seiner geringen Größe zufolge nicht einmal zu einer Fabrikanlage, sondern nur zum Betriebe des Feldbrandes sich eignet, nicht ein Ersatz durch Erwerb eines ähnlichen, nicht minder zur Lehmsteinbereitung geeigneten Grundstücks in der dortigen Gegend gewonnen werden könnte. Trifft dies zu, so kann die dem Kläger gebührende Entschädigung nur in dem im obigen Sinne zu bemessenden Verkaufswerte des Grundstücks gefunden werden.

Es ist hiernach das ergangene Urteil aufzuheben, und auf Heranziehung anderer Sachverständiger zu erkennen, welche mit Rücksicht darauf, daß ihnen die einschlagenden örtlichen Verkehrsverhältnisse, wie sie ums Jahr 1875 bestanden, bekannt sein müssen, auszuwählen, und sodann anzuweisen sind, eine Abschätzung nach Maßgabe der vorstehenden Entscheidungsgründe vorzunehmen.

Urt. v. 27. Jan. 1880 i. S. Walther w. Direktion d. Main-Weser-Bahn.

Der weitere Verlauf des Prozesses war folgender. Die neuen Sachverständigen — praktisch thätige Baumeister zu Kassel — schätzten den Wert des Grundstücks einschließlich aller Anlagen zu 7200 *M.* Sie begründeten diese Schätzung damit, daß in den Jahren 1873—75 mehrfach größere Komplexe gleich guter, zur Lehmsteinbereitung geeigneter Grundstücke zu Preisen von 3717—3000 *M.* für den Acker gekauft seien. Die höhere Abschätzung begründeten sie durch die etwas günstigere Lage des klägerischen Grundstücks. Der angeblich vom

Kläger bezahlte Preis von 8025 *M.* sei ein Ankaufspreis, „wie derselbe nur für Spekulationszwecke habe bezahlt werden können". — Das AG. sprach nun dem Kläger 7200 *M.* zu, wobei ihm freilich von den Kosten erster Instanz 49/50, von den Kosten der höheren Instanzen 13/14 zur Last fielen. Hierbei haben beide Teile sich beruhigt.

2. Auf die in einem Entschädigungsprozeß wegen Enteignung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gab das RG. (Sen. 3) folgende zurückweisende Entscheidung:

Beide Parteien rügen Verletzung der Bestimmungen in den §§ 8 und 10 Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874; jedoch mit Unrecht. Der AR. geht von dem richtigen Grundsatze aus, daß nach dem Enteignungsgesetz der objektive Wert der Sache selbst, nicht das subjektive Interesse des Expropriaten zur Grundlage der Schätzung zu nehmen, daß der Regel nach der allgemeine Verkaufswert des zu enteignenden Grundstücks zu ermitteln und zu vergüten sei, daß jedoch unter Berücksichtigung der Lage des einzelnen Falles mit Rücksicht auf die bisherige Benutzungsart des enteigneten Grundstücks eine Vergütung insoweit gewährt werden könne, als sie erforderlich ist, ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit demselben Erfolge zu benutzen, wie das enteignete. Irrig und mit dem Gesetze nicht in Einklang ist die Ausführung des Beklagten, daß ihm auch für die in seinem Geschäftsbetriebe durch Verlust der Kunden u. s. w. zugefügten Nachteile eine Entschädigung habe gewährt werden müssen. Das Gesetz gewährt dem Expropriaten allerdings vollständige Entschädigung für das ihm enteignete Grundeigentum, allein dazu gehört nicht der Geschäftsgewinn, welchen der Expropriat aus den auf dem Grundstücke betriebenen Gewerben gezogen hat. Ebensowenig begründet ist der fernere Anspruch des Beklagten, daß ihm neben dem Verkaufswerte des enteigneten Grundeigentums die für Neubauten auf dem neuerworbenen Grundstück verausgabten 4300 *M.* ersetzt werden. Denn die 12000 *M.* repräsentieren nach dem Gutachten der Sachverständigen den allgemeinen Verkaufswert des abgetretenen Grundstücks nebst den darauf befindlichen Gebäuden.

War hiernach die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten nicht gerechtfertigt, so ist anderseits auch die Auslegung, welche Klägerin den Vorschriften in §§ 8 und 10 Enteignungsgesetzes gibt, nicht zu billigen, wenn sie davon ausgeht, daß nach § 10 nur eine Abminderung des zunächst zu ermittelnden Werts des enteigneten Grundstücks eintreten könne.

Urt. v. 4. Juni 1880 i. S. Altona-Kieler Eisenbahn w. Kahl.

3. Dem Kläger ist von einem großen Grundstücke eine Teilfläche enteignet. Er verlangt eine höhere Entschädigung, weil der Wert des Restgrundstücks in höherem Maße vermindert, auch ihm der Gewinn aus einem auf enteigneter Fläche enthaltenen Thon- und Sandlager entzogen sei. Das die Klage zurückweisende Erkenntnis wurde mit der Beschwerde angefochten, daß die §§ 8, 10, 12 und 14 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 verletzt seien. Das RG. (Hilfs-Sen. 2) sprach im Eingang seines Urteils folgendes aus:

Der § 1 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 gestattet die Enteignung von Grundeigentum allerdings nur gegen „vollständige Entschädigung“, welche nach § 8 Abs. 1 in dem „vollen Werte“ des abzutretenden Grundstücks einschließlich der enteigneten Zubehörungen und Früchte besteht.

Daß dies immer nur deren gemeiner Wert sei, also das, was dafür bei regelmäßigem Geschäftsverkehr zur Zeit der Enteignung auch durch freiwilligen Verkauf als „Preis“ (pretium) hätte erzielt werden können (vgl. Bähr und Langerhans, das Gesetz über Enteignung 2c. S. 33 ff.), kann nicht als zutreffend anerkannt werden, ganz abgesehen davon, daß ein solcher gemeiner Wert sich unter Umständen überhaupt nicht sicher ermitteln läßt.

„Vollständige Entschädigung“ bezeichnet vielmehr ebenso wie „vollständige Genugthuung“ als juristisch technischer Ausdruck den Ersatz aller Vermögensnachteile, welche jemand infolge eines beschädigenden Ereignisses erleidet, mit anderen Worten aller Vorteile, welche ihm durch dasselbe entzogen sind, mit Einschluß des entgangenen Gewinnes, die Vergütung seines gesamten, wenn schon nur objektiv (ohne Rücksicht auf bloßen Affektionswert) zu bestimmenden Interesses (vgl. allg. LR. Tl. I Tit. 5 §§ 285—287; Tl. I Tit. 6 § 7).

Unter „vollem Wert“ als Gegenstand vollständiger Entschädigung ist darnach hier der Inbegriff jener Vorteile zu verstehen, im Gegensatz zu dem beschränkteren gemeinen der höhere individuelle Wert, welchen die enteigneten Gegenstände für ihren damaligen Eigentümer vermöge seiner besonderen Verhältnisse hatten, das volle (objektiv bestimmte) Interesse eben dieses Eigentümers (vgl. allg. LR. Tl. I Tit. 2 § 114).

Auch mit der Bestimmung des § 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 über Mehrvergütung wegen individuellen Zusammenhanges der enteigneten Fläche und mit der des § 31 a. a. O. über Nachvergütung der erst durch spätere Anlagen erkennbaren Folgen der Enteignung erscheint die Annahme, daß nur der gemeine Wert zu erstatten sei, nicht vereinbar. Ebenso ist der Versuch, sie aus den Verhandlungen der Gesetzesfaktoren zu rechtfertigen (vgl. Bähr und Langerhans S. 20 ff.), gegenüber dem Inhalte des publizierten Gesetzes unzulässig, ganz abgesehen davon, daß die Regierungsmotive zum Entwurfe desselben ebenfalls das volle Interesse der Eigentümer („die Differenz zwischen dem Zustande ihres Vermögens vor und nach der Expropriation“) als den Gegenstand der denselben gebührenden Vergütung deutlich bezeichnen (S. 21 a. a. O.).

Allein immerhin liegt es in der besonderen Natur einer Beschädigung durch Sachentziehung, daß dabei der gemeine Wert der Sache in erster Linie berücksichtigt und der Regel nach als ausreichender Ersatz für den Eigentümer angesehen wird (vgl. die Erkenntnisse des dritten Civilsenats des RG. vom 27. Januar und 4. Juni 1880). Ein Anspruch auf weitere Entschädigung bedarf deshalb immer besonderer Begründung und Klarstellung.

(Im Weiteren wird ausgeführt, daß diese besondere Begründung hier fehle.)

Urt. v. 23. Mai 1881. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 68.

Der Rechtsfall 1 stellt es klar, was es zu bedeuten hatte, wenn bei Erlaß des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 der heftigste Kampf darum entbrannte, ob die „bisherige Benutzungsart" einen Faktor für die Berechnung der zu leistenden Entschädigung bilden solle. Eine Lehmschicht von der Art, wie die auf dem klägerischen Grundstücke enthaltene, umfaßt natürlich nicht bloß einen Flächenraum von 1 1/3 Acker, sondern breitet sich viel weiter aus. Alle die von der Enteignung betroffenen Nachbargrundstücke waren daher gleich gut geeignet zur Lehmsteinbereitung, wie das klägerische. Aber die Eigentümer derselben hatten sich mit einer Abschätzung, wie der des klägerischen Grundstücks, befriedigt erachtet. Nur Kläger glaubte, es müsse ihm, weil er auf dem soeben erworbenen Grundstücke einige tausend Stück Lehmsteine hatte brennen lassen, eine ganz andere Entschädigung zu teil werden. Es wurde eine Berechnung aufgestellt nach dem möglichen Gewinn, der sich an Lehmsteinen aus dem Grundstücke herausschlagen ließe. Seit der bekannten Fabel vom Milchmädchen weiß man aber, daß alle solche Berechnungen höchst trügerisch sind, und es hat sich im Leben ein viel sicherer Maßstab für die Wertberechnung herausgestellt in den üblichen Kaufpreisen. In der Umgegend von Kassel befindet sich in reichlichem Maße Boden, der zu Lehmsteinbereitung geeignet ist. Es bestehen dort auch viele Anlagen dieser Art, die zum Teil recht ungünstige Erfolge gehabt haben. Nach Maßgabe der wirklichen Verhältnisse ist dem Kläger in der schließlich ihm zugesprochenen Summe sicherlich eine noch reichliche Entschädigung in Verhältnis zu dem wahren Werte seines Grundstücks zu teil geworden.

Wäre es dem Kläger gelungen, seine Wertberechnung durchzusetzen, so würde damit der Gerechtigkeit schwerlich ein Dienst geleistet worden sein. Entscheidungen, welche solche Spekulationen mit Erfolg krönen, müssen geradezu demoralisierend in unserem Volke wirken, und namentlich die Folge haben, daß bei sich darbietender Gelegenheit auch Andere wieder auf ähnliche Spekulationen verfallen*).

In dem Urteile unter 2 sind die Grundsätze der Wertbemessung, wie sie in dem preuß. Gesetze vom 11. Juni 1874 bestimmt werden, im allgemeinen völlig richtig zum Ausdruck gekommen. Nur möchte ich zu dem Schlußsatz des Urteils eine Bemerkung mir erlauben. Der § 10 Abs. 1 hat, so wie er entstanden ist, allerdings die Bedeutung, daß danach nur eine Abminderung des zunächst zu ermittelnden Wertes des enteigneten

*) Ein Fall ähnlicher Art lag vor bei der Entsch. in Seuffert Arch. Bd. 34 Nr. 47.

Grundstücks eintreten könnte. Der fragliche Satz sollte dazu dienen, den ursprünglich in den § 8 aufgenommenen Satz zu paralysieren, daß dem Eigentümer auch „der Mehrwert ersetzt werden solle, den das Grundstück durch seine bisherige Benutzunsart für den Eigentümer habe". Dieser Satz wurde nun aber in der Kommission des Abgeordnetenhauses von 1871 lebhaft beanstandet, und es wurde geltend gemacht, daß die Benutzungsart des Eigentums überhaupt einen Gegenstand des Mehrwerts abzugeben nicht geeignet sei. Die Mehrheit der Kommission — ebenso wie später die Regierung — überzeugte sich von der Richtigkeit dieser Ansicht, und es wurde jener Satz des § 8 gestrichen. Darnach hätte nun auch der Satz des folgenden Paragraphen (§ 10 Abs. 1) gestrichen werden können, da er, wenn die „Benutzungsart" überhaupt aufhörte, als Wertfaktor zu gelten, seinen Zweck verloren hatte. Die Regierungskommissare wünschten aber dessen Beibehaltung, da sie glaubten, der ausdrückliche Ausspruch könne doch von Nutzen sein. Und danach beschloß die Kommission, denselben stehen zu lassen. Nach dem Zusammenhang des Ganzen hat aber der Satz gar keine selbständige, positive Bedeutung. Er spricht nur aus, was sich von selbst versteht, daß der Wert eines Grundstücks nicht höher bemessen werden kann, als nach dem Preise, den man für ein in gleicher Weise zu benutzendes Grundstück zu zahlen habe. Mit andern Worten: er spricht aus, daß der Wert eines Grundstücks nach den üblichen Kaufpreisen zu bemessen sei. Dies trifft in gleicher Weise zu, mag die in Frage stehende Benutzungsart schon begonnen haben, oder noch in Aussicht stehen; nur mit dem Unterschied, daß im ersten Falle es bereits erprobt ist, ob und in welchem Maße die Benutzungsart praktisch möglich ist, während dies in dem zweiten Falle mehr oder minder ungewiß bleibt.

Vor Besprechung der Entscheidung unter 3 muß hier noch eine andere, in der obigen Zusammenstellung übergangene Entscheidung erwähnt werden, welche in Bd. 3 Nr. 67 der RG.-Entscheidungen mitgeteilt wird. Dieselbe erörtert in Beziehung auf Enteignungen ausführlich den Unterschied von „gemeinem" und „außerordentlichem" Wert nach den Bestimmungen des allg. LR. Des Gesetzes vom 11. Juni 1874 ist darin mit keinem Worte gedacht. Ebensowenig ersieht man, zu welcher Zeit die in Frage stehende Enteignung vor sich gegangen ist. Da aber die fragliche Enteignung schon 1871 erfolgt war, die Entscheidung also auf der Grundlage eines nicht mehr geltenden Rechts sich bewegt, so haben wir auch keine Veranlassung, uns mit derselben noch zu beschäftigen. Nur wäre der Abdruck dieser auf einem abgethanen Rechtsgebiete liegenden Entscheidung wohl besser unterblieben, oder

es hätte wenigstens gesagt werden sollen, daß sie auf nicht mehr geltendes Recht sich bezieht; während die Mitteilung des Falles, zumal in Verbindung mit der gleich zu besprechenden weiteren Entscheidung desselben Hilfssenats, zu der Ansicht führen kann, als ob es sich hier um noch praktisches Recht handle.

Die Entscheidung 3 interessiert uns insofern, als sie sich in ihrem Eingang über die Grundsätze im allgemeinen ausspricht, nach welchen die im Enteignungsverfahren zu gewährende Entschädigung zu bestimmen sei. Wie sich aus dem weiteren Verlauf des Urteils ergibt, kam es im konkreten Falle auf diese Grundsätze gar nicht an. Jenes Aussprechen hatte daher nur einen theoretischen Charakter. Um so mehr wäre es wünschenswert gewesen, daß man dabei dem Inhalt des maßgebenden Gesetzes vom 11. Juni 1874 treu geblieben wäre; was aber nicht der Fall ist.

Zur Feststellung des Streitstandes möge hier zunächst die Bemerkung Platz finden, daß der Satz, die zu leistende Entschädigung bestehe nur in dem „gemeinen Wert" des Grundstücks, wie derselbe auch bei freiwilligem Verkauf als Preis (pretium) hätte erzielt werden können, wohl niemals von jemanden (namentlich auch nicht von Bähr und Langerhans) anders aufgestellt ist, als mit der aus § 8 Abs. 2 des Gesetzes sich ergebenden Modifikation. Das Urteil, indem es vom Standpunkt dieser Modifikation jenen Satz bekämpft, stellt daher den Streitstand nicht ganz richtig dar.

Daß der „gemeine Wert" mitunter schwer zu ermitteln ist, mag sein. Der Begriff des „außerordentlichen Wertes" führt aber jedesmal ins Bodenlose.

Der eigentliche Gedankengang des Urteils ist ein sehr eigentümlicher. Da der Begriff der „vollständigen Entschädigung", deren Gewährung der § 1 des Gesetzes als Bedingung der Enteignung aufstellt*), ein sehr unbestimmter ist, so erschien es dem Gesetzgeber notwendig, diesen Begriff in § 8 näher zu bestimmen. Er bestimmte ihn dahin, daß die Entschädigung in dem „vollen Werte" des Grundstücks zu bestehen habe. Statt sich dieser Bestimmung zu unterwerfen, geht das RG.-Urteil rückwärts. Es findet nicht, daß der § 8 den § 1 erkläre, sondern umgekehrt, daß der § 8 aus § 1 erklärt werden müsse. Es sagt: da der „volle Wert" die „vollständige Entschädigung" des Eigentümers sein soll, wir aber unter „vollständiger Entschädigung" etwas anderes verstehen, nämlich die „vollständige Genugthuung", welche nach den Bestimmungen des allg. LR. alle entzogenen Vorteile und alle entgangenen Gewinne, mithin die Vergütung des gesamten In-

*) Art. 9 der preuß. Verfassung sagt übrigens nur „gegen Entschädigung".

teresses begreifen soll: so verstehen wir auch unter „vollem Wert“ nicht bloß den gemeinen Wert, sondern den höheren individuellen Wert, welchen die enteigneten Grundstücke für ihren Eigentümer vermöge seiner besonderen Verhältnisse hatten, das volle (objektiv bestimmte) Interesse eben dieses Eigentümers. Während das Gesetz vom 11. Juni 1874 entschieden mit den Anschauungen des Landrechts brechen wollte, werden hier diese Anschauungen, als ob sie gleichsam einer unerschütterlichen höheren Weltordnung angehörten, wieder hineingetragen. Natürlich bildet der Ausdruck „voller Wert“ nur zwei Worte, die zwar für den Unbefangenen wohl deutlich genug reden dürften, die aber, wenn man einmal einer anderen Auffassung huldigt, für sich allein der Interpretationskunst keinen Widerstand zu leisten vermöchten. Nun haben aber diese zwei Worte eine Geschichte hinter sich, wie kaum irgend ein Ausdruck in einem andern Gesetze. Man weiß genau, wo sie herkommen; man weiß genau, was sie bedeuten sollten, als sie Teil des Gesetzes wurden.

Das Enteignungsgesetz hat fünf Mal der preuß. Volksvertretung vorgelegen. Ursprünglich von einer nicht ganz glücklichen Feder entworfen, beruhte es in seiner anfänglichen Fassung allerdings auf dem Gedanken des allg. LR., daß es einen „ordentlichen“ und einen „außerordentlichen“ Wert gebe, deren Ersatz der Enteignete beanspruchen könne. Der außerordentliche Wert — nach § 114 Tl. I Tit. 2 allg. LR. „der Nutzen, welchen die Sache nur unter gewissen Bestimmungen und Verhältnissen leisten kann“ — hatte darin seinen Ausdruck gefunden, daß auch „der Mehrwert“ ersetzt werden sollte, den der Gegenstand „durch seine bisherige Benutzungsart für den Eigentümer habe.“ Dieser Satz war aber — wie schon oben bemerkt — wieder paralysiert durch den Zusatz des folgenden Paragraphen: „Der Mehrwert, welcher durch die Art der bisherigen Benutzung bedingt ist, wird nur bis zu dem Betrage des Kapitals gewährt, welches erforderlich ist, damit der Eigentümer ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit gleichem Ertrage benutzen könne“. In den Motiven war gesagt: es solle dem Eigentümer die Differenz zwischen dem Zustande seines Vermögens vor und nach der Enteignung vergütet werden. „Aus Billigkeitsrücksichten seien jedoch die in den folgenden Paragraphen bestimmten Restriktionen aufgenommen“.

In den Kommissionen des Abgeordnetenhauses von 1868 und 1869/70 behielten diese Gedanken, trotz vielfachen Hin- und Herredens, die Oberhand; und so wurde der Entwurf mit den nämlichen Bestimmungen und Motiven auch wieder im Jahre 1871 dem Abgeordnetenhause vorgelegt.

In der Kommission desselben wurde zuerst die Frage prinzipiell neu aufgegriffen. Es bildeten sich drei Gruppen:

1. die Anhänger der Regierungsvorlage;

2. solche, denen der Entwurf noch nicht weit genug ging, die vielmehr beantragten:

a) dem von der Enteignung Betroffenen ist sein volles Interesse zu ersetzen;

b) die Entschädigung umfaßt den Wert des Grundstücks, den es für den Besitzer hat.

Diese Anträge unter 2. wurden auch von den Regierungskommissaren lebhaft bekämpft.

3. Eine dritte Ansicht beantragte den Paragraphen so zu fassen, wie er (mit einer späteren unwesentlichen Modifikation) jetzt lautet. Zu ihrer Begründung wurde gesagt:

„Es gibt nur einen, den objektiven Wert. Wenn derselbe auch „gemeiner Wert" genannt wird, so geschieht dies im Gegensatze zu dem bloß subjektiven oder Affektionswerte, der rechtlich hier nicht in Betracht kommt*). Der gemeine Wert ist in den meisten Fällen kein ganz genau bestimmbarer, er bewegt sich innerhalb gewisser Schwankungen; man kann innerhalb derselben den Wert knapp und reichlich bemessen. Es entspricht nun der Gerechtigkeit, daß dem Expropriierten ein reichlich bemessener Wert zu teil werde. Das soll das Wort „voller Wert" ausdrücken. Neben dem Werte der Sache an sich kann ein Mehrwert dadurch begründet werden, daß sie Teil eines größeren Grundbesitzes ist. Dieser Gedanke des Regierungsentwurfs ist richtig. Dagegen ist es inkorrekt, die bisherige Benutzungsweise als einen Faktor der Werterhöhung hinzustellen". (Dies wird dann noch näher ausgeführt.)

Die Mehrheit der Kommission trat der letzteren Ansicht bei; und mit einer dementsprechenden Änderung gelangte der Entwurf an das Abgeordnetenhaus.

Auch in diesem Jahre blieb aber das Gesetz unerledigt. Als dann im Jahre 1872 und abermals im Jahre 1873 die kgl. Staatsregierung den Entwurf dem Abgeordnetenhause wieder vorlegte, hatte sie sich vollständig die Anträge der letzten Kommission angeeignet, und die frühere Begründung war weggeblieben.

---

*) Diese Darlegung entspricht dem röm. Recht. In l. 63 D. ad leg. Falc. 35, 2 sagt Paulus: Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. (Übereinstimmend damit l. 33 D. ad leg. Aquil. 9, 2.) Auch daß der Wert einer Sache dadurch, daß sie Teil eines größeren Ganzen sei, sich erhöhen könne, ist bereits anerkannt in l. 22 D. ad leg. Aquil.

In der neu gewählten Kommission wurden nun wiederum neue Anträge gestellt, um den früheren Gedanken durchzubringen. Es sollte als Entschädigung gewährt werden:

„der ortsübliche Wert und der Mehrwert, welchen das Grundstück durch seine bisherige außerordentliche Benutzungsart für den Eigentümer hat."

Hiergegen wurde ausgeführt, daß nur die Benutzungs**fähigkeit** ein entscheidendes Moment für den (gemeinen) Wert der Sache bilde, die Benutzungs**art** aber nur als Beweismoment für die Benutzungsfähigkeit in Betracht kommen könne. Die unrichtige Anschauung, daß man den als Entschädigung zu gewährenden Wert des Grundstücks nach der Benutzungsart, d. h. nach den subjektiven Verhältnissen des Eigentümers zu dem Grundstücke, zu bemessen habe, führe zu den abenteuerlichsten Wertberechnungen. Die Kommission verwarf hierauf jenen Antrag.

Im Plenum des Abgeordnetenhauses stellten zunächst wieder die Abg. **Bernhard** und **Knebel** den Antrag, dem Eigentümer neben dem unmittelbaren, auch den **mittelbaren** Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Enteignung erwachse. Nachdem der Handelsminister Dr. **Achenbach** mit diesem Zusatz das Gesetz für unannehmbar erklärt, auch dabei offen ausgesprochen hatte, daß hier ebenso, wie in dem Reichs-Rayon-Gesetz, die gleichzeitige Inbetrachtnahme des ordentlichen und außerordentlichen Wertes **beseitigt** sein solle, zogen die Antragsteller ihren Antrag zurück.

Der letzte Versuch, den Gedanken von dem besonderen Werte, den die Sache für „diesen Eigentümer" habe, zur Geltung zu bringen, wurde von dem Abg. **Windhorst** (Bielefeld) gemacht. Dem stehengebliebenen Satze, „daß die bisherige Benutzungsart nur insoweit Berücksichtigung finden dürfe, als" u. s. w., wollte derselbe den Zusatz geben:

„Bei der Abschätzung ist auch der Mehrwert zu berücksichtigen, welcher durch die bisherige Benutzungsart bedingt wird."

Auch dieser Antrag wurde, nachdem er von dem Regierungskommissar Dr. **Jacobi** und mehreren Abgeordneten entschieden bekämpft worden, abgelehnt. Aus diesen mannigfaltigen Kämpfen ist der § 8 des Gesetzes hervorgegangen.

Nach allen diesen offenkundigen Vorgängen, nachdem der Sinn, in welchen der § 8 den „vollen Wert" als Gegenstand der Entschädigung hinstellt, in den Begründungen des Antrags, welcher jenen Ausdruck in das Gesetz brachte, wiederholt dargelegt worden, nachdem die kgl. Staatsregierung auf diesen Gedanken in vollem Maße eingegangen, und nachdem mit energischer Beihilfe ihrer Vertreter eine ganze Reihe von Anträgen, welche auf Vergütung eines für jeden Eigentümer besonders zu berechnenden

Wertes, eines neben dem Werte der Sache zu vergütenden besonderen Interesses gerichtet waren, in den Kommissionen und dem Plenum des Abgeordnetenhauses niedergekämpft ist, kommt doch das RG.-Urteil wieder darauf zurück, es müsse der nach der Person des Eigentümers zu bemessende besondere Wert, das gesamte volle Interesse eben dieses Eigentümers, ersetzt werden. Und das nennt das Urteil eine „objektive“ Bemessung; während doch die Objektivität der Wertbemessung gerade die Lostrennung derselben von der Person des Eigentümers bezeichnet. Zur Unterstützung dieser Ansicht wird dann noch gesagt: die Annahme, daß nur der gemeine Wert vergütet werden müsse, sei auch unvereinbar mit § 8 Abs. 2 und § 31 des Gesetzes. Auch das erscheint nicht verständlich. Was den § 8 Abs. 2 betrifft, so kann jeder, der einmal seine Suppenschüssel zerbricht, an den beiden Stücken, die er in der Hand behält, sich klar machen, daß, auch von einem durchaus objektiven Standpunkt bemessen, die getrennten Teile nicht immer einen mit dem Ganzen gleichen Wert haben. Bezüglich des aus § 31 entnommenen Gegengrundes aber müssen wir bis dahin, daß uns näher gesagt wird, worin eigentlich derselbe liegen soll, auf eine Bekämpfung verzichten. Die Anführung aus den Motiven des Gesetzes leidet an dem Fehler, daß sie den früheren, von der Regierung selbst aufgegebenen Motiven entnommen ist. Endlich sagt das Urteil, daß auch der Versuch, den die Kommentatoren des Gesetzes, Bähr und Langerhans, gemacht, die gegenteilige Ansicht aus den Verhandlungen der Gesetzesfaktoren zu rechtfertigen, dem Inhalt des publizierten Gesetzes gegenüber unzulässig sei. Gewiß sehr unzulässig, wenn das publizierte Gesetz das Gegenteil desjenigen ausspräche, was jene Kommentatoren aus den Verhandlungen herleiten wollen. Es ist ja freilich nur etwas Zufälliges, daß diejenigen Stellen des publizierten Gesetzes, um deren Verständnis es sich hier handelt, gerade auf den Anträgen jener Kommentatoren, welche Mitglieder der Abgeordnetenhauskommissionen von 1872 und 1874 waren, beruhen. Diese Anträge und deren Begründung müssen doch wohl etwas Überzeugendes gehabt haben, da sonst schwerlich die Mehrheit zweier Kommissionen, die Vertreter der Regierung und beide Häuser des Landtags darauf eingegangen wären. Es ist auch sehr unwahrscheinlich, daß die diesen Anträgen zu Grunde liegenden Gedanken nicht zum genügenden Ausdruck gekommen wären, da sie in fast allen Stadien des Gesetzes wider die entgegengesetzten Gedanken sich durchzukämpfen hatten, und gerade in solchen geistigen Kämpfen die Gegensätze um so klarer hervortreten. Nun ist es ja immer schwer, auch wenn man sich eines Gedankens noch so klar bewußt ist, diesen Gedanken in derjenigen Kürze der Sprache, welche

unsere Gesetzgebungskunst erheischt, mit unbeugsamer Klarheit zu formulieren. Daß aber jene beiden Antragsteller, so gering man auch ihre Kräfte veranschlagen mag, das Unglück gehabt haben sollten, in dem, was auf ihren Antrag Gesetz wurde, gerade das Gegenteil von demjenigen zu sagen, was sie nach den klaren Worten der von ihnen gegebenen Begründung sagen wollten, daß auch alle Kommissionsmitglieder, die Vertreter der Regierung, und alle Mitglieder des Landtags, sowohl die ihnen beistimmenden, als die sie bekämpfenden, das nicht gemerkt hätten, und daß erst dem 2. Hilfssenat des RG. es vorbehalten geblieben, herauszufinden, daß das publizierte Gesetz, welches allein der Richter zu beachten habe, gerade das Gegenteil von dem enthalte, was diejenigen, aus deren Thätigkeit es hervorgegangen, zu schaffen gedachten, — das würde immer ein psychologisches Rätsel bleiben, mit welchem sich abzufinden schwer sein dürfte.

Es ist ja nicht zu bezweifeln, daß die Stellung, welche das RG.-Urteil zu dem Gesetz v. 11. Juni 1874 einzunehmen versucht, auf einem, vielleicht recht lebhaften, Rechtsgefühl beruht. Möchte man aber doch erkennen, daß dies ein irregeleitetes Rechtsgefühl ist. Auch die Bestimmungen des gedachten Gesetzes wollen gegen den von der Enteignung Betroffenen keine Ungerechtigkeit begehen, sondern sie wollen demselben vollkommen gerecht werden. Und es beruht auf Täuschung, wenn man glaubt, es werde eine höhere Gerechtigkeit dadurch geübt, daß man dem Eigentümer eine nach seinen subjektiven Verhältnissen bemessene Entschädigung gewähre. Im Gegenteil, es führt das zu Berechnungen, die dem wirklichen durch die Enteignung herbeigeführten Nachteil unendlich übersteigen. Es sind dafür Beispiele bereits in den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses angeführt. Auch der Rechtsfall unter 1 kann als ein solches dienen.

Gewiß würde der 2. Hilfssenat nicht zu seinen Aussprüchen gekommen sein, wenn ihm dies alles klar vorgestanden. Es gibt aber auch Manche, welche jene Konsequenzen nicht scheuen, weil sie vermeinen, es habe derjenige, welcher von einer Enteignung betroffen wird, gewissermaßen ein Recht darauf, sich bei dieser Gelegenheit auf öffentliche Kosten gehörig zu bereichern. Nur daraus erklärt sich, daß vielfach mit so geringer Scheu ungeheuerliche Ansprüche aus Enteignungen erhoben werden. Die Gerichte aber sollten von solchen Ansichten sich fern halten. Und am wenigsten sollten sie die Augen verschließen, wo handgreiflich eine auf solche Bereicherung gerichtete Spekulation unternommen ist.

XXIII. Bestimmung von Ort und Zeit der Wechselzahlung.

1. Ein Wechsel, welcher den Vermerk enthielt „zahlbar an der Gewerbekasse zu Lohr", war von der Vorinstanz nicht als domizilierter anerkannt, da ein Domiziliat darin nicht benannt sei.

Das RG. (Sen. 3) reformierte: Nach der täglichen Erfahrung kann die Verweisung „an eine Bank", „an eine Kasse" keinen anderen Sinn haben, als daß an den Kassen solcher Geldinstitute durch eine hierzu bestellte Person gezahlt werden solle. Daß der Schuldner selbst sich bei der Kasse einfinden und dort zahlen wolle, daran ist nicht zu denken. Die Bemerkung „zahlbar an der Gewerbekasse" bedeutet daher nur: „zahlbar an dieser Kasse durch den dazu berufenen Vertreter der Genossenschaft". Der Wechsel war daher für einen domizilierten zu halten.

Urt. v. 25. Nov. 1879. Entsch. d. RG. Bd. 1 Nr. 7.

2. In einem Wechsel war als Zahlungszeit angegeben „bis zum 1. Nov. 1878". Das RG. (Sen. 5) erachtete diese Zeitangabe der Vorschrift des Art. 4 Nr. 4 nicht für entsprechend, und erklärte den Wechsel für ungültig. Es sprach aus: Ein Wechsel kann nur auf einen bestimmten Tag gestellt werden; nicht aber auf eine Frist. Meß- und Marktwechsel machen hiervon nur eine Ausnahme. Die Bestimmung des Zahlungstages „bis zum 1. November 1878" enthält aber eine Zahlungsfrist. Eine solche läßt den Zeitpunkt, an welchem gezahlt werden muß, unbestimmt, setzt denselben oft in das Belieben des Verpflichteten und gewährt für den geregelten Lauf des Wechsels keine sichere Grundlage.

Entgegengesetzte Entscheidungen beruhen auf der Annahme, daß durch die Fristklausel ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt sei; eine Annahme, welche hier nicht zutrifft. Auch ein (süddeutscher) Sprachgebrauch, wonach ein Wechsel mit Zahlungsfrist als auf einen bestimmten Zahlungstag gestellt anzusehen sei, kann keine Beachtung finden.

Urt. v. 10. April 1880 in S. Dorn w. Schemmel.

Die erste Entscheidung befolgt das unzweifelhaft richtige Prinzip, einen geschäftlichen Ausdruck in Übereinstimmung mit einem weitverbreiteten, vielleicht allgemeinen deutschen Sprachgebrauch auszulegen. In gleichem Sinne hat auch bereits das ROHG. die Worte „zahlbar b e i H. A. zu M." als eine ausreichende Bezeichnung des Domizilierten angenommen (Entsch. Bd. 9 Nr. 114, Bd. 12 Nr. 77, Bd. 5 S. 126).

Auch bei Beurteilung der Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, ist das ROHG. im allgemeinen von freieren Grundsätzen ausgegangen, dergestalt, daß es auch im Ausdrucke ungenaue Angaben für ausreichend erachtet hat, insofern sie nur sachlich keinen Zweifel ließen. So hat man die mangelnde Angabe des Jahres bei dem als Zahlungszeit angegebenen Monatstag ergänzt durch die Jahreszahl der Ausstellung (Entsch. Bd. 6 Nr. 24,

Bd. 11 Nr. 55, Bd. 16 Nr. 70). Man hat den Ausdruck „in drei Monaten zahle ich“ für gleichbedeutend erachtet mit: „nach drei Monaten“ (Entsch. Bd. 2 Nr. 35). Auch in anderen Fällen hat man sich von einer pedantischen Behandlung der Frage frei gehalten (Entsch. Bd. 1 Nr. 31, 35, Bd. 5 Nr. 54, Bd. 6 Nr. 54, Bd. 19 Nr. 95). Dagegen hat bereits das ROHG. einen Wechsel, der die Zeitangabe „bis zum 16. Juni 1873“ enthielt, für unwirksam erklärt (Entsch. Bd. 11 Nr. 56), und dieser Ansicht ist die vorstehend unter 2 mitgeteilte Entscheidung des RG. gefolgt.

Gleichwohl dürfte hierzu kein ausreichender Grund vorliegen. Zur Erklärung jenes Ausdruckes mag zunächst die Thatsache dienen, daß nach dem Sprachgebrauche vieler deutschen Länder der mit der Bezeichnung eines Tages verbundene Ausdruck „bis“ unzweifelhaft so viel bedeutet wie „am“. „Ich werde bis Sonntag ausgehen“ versteht z. B. in Hessen niemand anders, als „ich werde am Sonntage ausgehen“. Ganz abgesehen aber auch von diesem Sprachgebrauche dürfte die Annahme, daß durch jenen Ausdruck der Zahlungstag ungewiß werde, auf einer nicht genügenden Würdigung des gesamten Verhältnisses beruhen. Es ist richtig, daß eine Verpflichtung, die „bis“ zu einem gewissen Zeitpunkte zu erfüllen übernommen ist, dem Schuldner die Befugnis gibt, auch noch vor dem bezeichneten Zeitpunkte zu leisten. Verpflichtet zur Leistung ist er dagegen erst mit dem Eintritt des festgesetzten Schlußzeitpunktes. Jene Befugnis macht nun allerdings die Zeit der Leistung unbestimmt, wenn der Schuldner in der Lage ist, die Leistung seinerseits dem Gläubiger anzubieten. Dies ist aber beim Wechsel nicht der Fall. Bei der Natur des Wechsels als eines zur Cirkulation bestimmten Papieres kennt ja der Wechselschuldner seinen Gläubiger gar nicht. Er muß deshalb ruhig abwarten, daß dieser kommt und ihm den Wechsel zur Zahlung präsentiert. Der Gläubiger kann aber mit einem Rechtsanspruch auf Zahlung erst kommen am Schlußpunkte der gesetzten Zeit. Käme er früher, so könnte ihn der Schuldner wieder nach Hause schicken, indem er sagte: „Auch durch ein Versprechen, bis zum 1. Nov. zu zahlen, bin ich doch nicht früher, als am 1. Nov. zu zahlen verpflichtet“. Nach der Natur des Wechsels läuft also das Versprechen, „bis zum 1. Nov.“ zu zahlen, rechtlich ganz auf dasselbe hinaus, wie das Versprechen, „am 1. Nov.“ zu zahlen. Der Wechsel kann mit Rechtswirksamkeit immer nur am 1. Nov. präsentirt werden. Präsentirte ihn der Inhaber früher, und wäre der Wechselschuldner zur Zahlung bereit, so könnte natürlich auch durch diese frühere Zahlung der Wechsel erledigt werden. Das könnte aber auch bei einem Wechsel geschehen, in welchem „am 1. Nov.“ zu zahlen versprochen ist. Hiernach dürfte auch ein Wechsel, in welchem „bis

zum . . ." zu zahlen versprochen ist, Anspruch auf Gültigkeit haben.

In diesem Sinne entschieden hat auch der oberste Gerichtshof zu Wien, sowie das (sonst sehr zu formaler Strenge geneigte) AG zu Celle. (Seuffert, Arch. Bd. 26 Nr. 265, Bd. 30 Nr. 268.)

XXIV. Der Thatbestand des Urteils.

(§§ 284, 505 CPO.)

1. In einem Urteil 1. Instanz war ein Thatbestand gar nicht enthalten. Die hierauf gegründete Revisionsbeschwerde wies das RG. (Sen. 3) zurück aus folgenden Gründen:

Da der Mangel eines Thatbestandes nicht zu denjenigen Fällen gehört, in welchen nach § 513 der CPO. die Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, so muß, soll die Revisionsbeschwerde begründet sein, ein Zusammenhang zwischen jenem Mangel und der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts vorhanden sein. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. (Es wird dann näher ausgeführt, daß aus dem Urteil 1. Instanz und aus dem Thatbestande des Urteils 2. Instanz sich die Streitpunkte der Parteien vollkommen erkennen lassen, und daß die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung durch den Mangel eines Thatbestandes in dem Urteil 1. Instanz nicht beeinflußt sei.)

Urt. v. 4. Mai 1880 i. S. Kuckuck w. Wilkening.

2. In einem Urteil der RG. (Sen. 3) wird bezüglich des in dem angefochtenen Urteil aufgestellten Thatbestandes folgendes gesagt:

Während der Thatbestand das gesamte in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Streitverhältnis, nicht bloß die dem urteilenden Gerichte für seine Entscheidung belangreich scheinenden Behauptungen der Parteien umfassen soll, hat sich das Berufungsgericht auf eine noch dazu ganz unvollständige Darlegung der letzteren beschränkt; und während Thatbestand und Entscheidungsgründe der Art auseinanderzuhalten sind, daß das Revisionsgericht in der Lage ist, bei Fällung seines Urteils die thatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreits von den Schlußfolgerungen, durch welche der Berufungsrichter zu seiner Entscheidung gelangte, zu trennen (§ 284 Ziff. 3, 4 CPO.), enthalten die Entscheidungsgründe mehrfach wesentliche thatsächliche Feststellungen. Überdies nimmt das angefochtene Urteil weder auf den Thatbestand des Erkenntnisses 1. Instanz, noch auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze, wie dies nach § 284 Abs. 2 in beschränktem Maße gestattet ist, Bezug. Aus dem Sitzungsprotokolle vom 25. März 1880 endlich kann der Thatbestand nicht ergänzt werden, da dieses lediglich beurkundet, daß die Parteien ihre schriftlichen Anträge verlesen und zur Sache verhandelt hätten. Unzweifelhaft würden diese Mängel die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur Folge haben müssen, wenn sich ergäbe, daß die Entscheidung auf dieselben zurückzuführen sei. Allein gerade dies ist

bei der besonderen Lage der Sache nicht anzunehmen. (Dies wird in den nachfolgenden Entscheidungsgründen näher ausgeführt.)

Urt. v. 29. Juni 1880 i. S. Roos w. Katz.

3. In dem Thatbestande eines Landgerichtsurteils war „festgestellt", daß die Parteien darüber einverstanden gewesen seien, daß der Hauptschuldner G. dem Kläger vor dem 10. Oktober 1879 aus dem zwischen beiden bestandenen Kontokorrentverhältnisse 20 253 *M.* geschuldet. In der Berufungsinstanz bestritt der Beklagte dieses Einverständnis, wurde aber damit zurückgewiesen, da er nur das Berichtigungsverfahren nach § 291 habe einleiten können. Und auch die an das RG. (Sen. 3) erhobene Revision wurde mit Bezugnahme auf § 285 der CPO. verworfen.

Urt. v. 5. Okt. 1880 i. S. Hauschild w. Kulisch.

4. In einer Klage waren verschiedene Ansprüche geltend gemacht. Der Beklagte hatte solche bestritten, mehrere Einreden vorgeschützt und Widerklage erhoben. Es wurden umfangreiche Schriften gewechselt, und in 1. Instanz wurde teils endlich, teils auf Beweis erkannt. Nachdem beide Teile appelliert, ging in dieser Lage die Sache in das neue Verfahren über.

Das Erkenntnis 2. Instanz besagte:

„Den Thatbestand anlangend, wird es vorliegend angemessen sein, sich auf die vorbereitenden Schriftsätze zu beziehen (§ 284 CPO.), da genau nach Maßgabe derselben verhandelt wurde und auch die Beschwerden, insoweit sie in der mündlichen Verhandlung wiederholt wurden, was sich aus den Anträgen ergibt, genau nach Maßgabe der eingereichten Schriften begründet wurden."

Hierauf folgten in dem Erkenntnis die Berufungsanträge. In der Sache selbst wurde zu Gunsten des Klägers erkannt.

Der Beklagte legte hiergegen Revision ein. Beide Teile baten, auf die Beschwerden sachlich zu entscheiden. Das RG. (Sen. 3) hob aber das Urteil auf und verwies die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die 2. Instanz zurück, indem es die Gerichtskosten der Revisionsinstanz nach § 6 des Gerichtskostengesetzes niederschlug. Die Gründe lauteten:

„Nach § 284 Ziff. 3 der CPO. muß jedes Urteil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitgegenstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien enthalten. Diese selbständige Darlegung des Sachverhaltes ist eines der wesentlichen Bestandteile des Urteils; sie soll das Gesamtergebnis der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der Nachprüfung der Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz mit Rücksicht auf die Bestimmungen über die Rechtskraft der Urteile und zum Behufe des Verständnisses der Entscheidungsgründe feststellen. In ersterer Beziehung insbesondere sind nach § 524 der CPO. für die Entscheidung des Revisionsgerichts regelmäßig die in dem angefochtenen Urteile 2. Instanz festgestellten Thatsachen maßgebend und es läßt sich nur aus dem Thatbestande entnehmen, welche Umstände das Berufungsgericht nach Maßgabe des Vorbringens

und der Anträge der Parteien seiner Beurteilung unterziehen mußte, und ob bei richtiger und vollständiger Würdigung aller einschlagenden Verhältnisse ein Grund zur Abänderung des zweitinstanzlichen Erkenntnisses vorliegt.

Zwar ist nach § 284 Abs. 2 der CPO. bei der Darstellung des Sachverhalts eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen. Allein schon der Wortlaut dieser Bestimmungen zeigt, daß eine solche Bezugnahme nur ausnahmsweise stattfinden soll. Wenn hierbei auch im einzelnen das richterliche Ermessen über die Mitteilung des Sachverhaltes im Urteile zu befinden hat, so darf dieses doch niemals so weit führen, daß der Zusammenhang der thatsächlichen Unterlagen des Rechtsstreites mit der rechtlichen Beurteilung der Sache verloren geht oder Zweifel darüber entstehen, welche Thatsache nach Maßgabe der mündlichen Verhandlung der Richter hat feststellen wollen.

Im vorliegenden Falle enthält das angefochtene Urteil im Thatbestande nur die Berufungsanträge der Parteien und verweist im übrigen ausschließlich auf die vorderen schriftlichen Verhandlungen. Diese Verweisung muß als ein wesentlicher Mangel im Sinne des § 501 der CPO. angesehen werden. Denn die von den streitenden Teilen bis zur mündlichen Verhandlung 2. Instanz im alten Verfahren gewechselten Schriftsätze sind von erheblichem Umfange; es sind verschiedene Klagansprüche und Gegenforderungen erhoben, jene durchgängig, diese zum größten Teile bestritten, auch ist eine Reihe von Einreden geltend gemacht worden; weder das Urteil 1. Instanz noch irgend ein Schriftsatz der Parteien gibt eine zusammenhängende Darstellung des Sachverhaltes.

Es kann nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, bei der Verhandlung der Sache in 3. Instanz an der Stelle des Berufungsgerichts die thatsächlichen Grundlagen für die Prüfung der Rechtsfrage zu ermitteln oder auch nur zu prüfen, ob die mündlichen Ausführungen der Parteien, soweit solche thatsächlicher Natur sind, den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze wiedergeben. Was aber die in dem angefochtenen Erkenntnisse zu den einzelnen Appellationsbeschwerden besonders hervorgehobenen Berufungsschriften angeht, so beziehen sich diese wiederum, entsprechend dem früheren Prozeßrechte, auf die Akten 1. Instanz, und sie setzen die Bekanntschaft mit letzteren, sowie die Ergänzung aus solchen durch den Richter notwendig voraus. Darnach fehlt es auch nach dieser Richtung an jedem sicheren Anhaltspunkte zur Entscheidung der Frage, was durch die Verweisung auf die vorbereitenden Schriftsätze als der aus dem mündlichen Vortrage der Parteien sich ergebende Thatbestand hat festgestellt werden sollen.

Es kann daher nicht zweifelhaft erscheinen, daß der hervorgehobene Mangel des Verfahrens von Amts wegen, selbst gegen den Willen und die übereinstimmenden Anträge der Parteien, berücksichtigt und das Berufungsurteil, soweit es angefochten wird und der Mangel die Streitpunkte betrifft, aufgehoben werden muß (§ 527 Abs. 2 der CPO.).

Die Revisionskläger haben nun ihre Beschwerde in den ganzen Inhalt des Berufungsurteiles gesetzt und ohne irgend welche Beschränkung dessen Aufhebung beantragt. Dieser Beschwerde entsprechend, war die Sache im ganzen zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung in die 2. Instanz zurückzuverweisen, ohne daß es einer weiteren Untersuchung der Frage bedurfte, noch welcher Richtung das angefochtene Urteil im Gegensatze zu demjenigen 1. Instanz ungünstig für die Revisionskläger ausgefallen und somit Veranlassung zur Erhebung der Revision für dieselben gegeben ist."

Urt. v. 8. Okt. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 117.

5. In einem Urteile 2. Instanz war in Ansehung des Thatbestandes auf das Urteil 1. Instanz Bezug genommen. Die gestellten Anträge waren in dasselbe gar nicht aufgenommen.

Die gegen beide Punkte gerichtete Revision erklärt das RG. (Sen. 3) für unbegründet, indem es ausspricht, daß die gestellten Anträge aus dem Sitzungsprotokolle sich ergänzen. Wenn das Urteil Anträge unberücksichtigt gelassen habe, so hätte Kläger ein Berichtigungsverfahren nach § 291 der CPO. einleiten, oder wenigstens in der Revisionsinstanz nachweisen müssen, daß ihm durch den gerügten Mangel ein Nachteil zugefügt worden sei.

Urt. v. 29. Okt. 1880 i. S. Weller w. Becker.

Fast genau übereinstimmend ist ein Erkenntnis des 4. Senats v. 16. Sept. 1880 i. S. Hundt w. Hoffmann.

6. Ein Urteil 2. Instanz enthielt keinen von den Gründen äußerlich gesonderten Thatbestand. Unter der Überschrift „Gründe" war zunächst gesagt, daß gegen das erste Urteil, auf dessen ganzen Inhalt Bezug genommen wurde, von dem Kläger Berufung eingelegt worden sei, und der Inhalt der in der Berufungsverhandlung von beiden Teilen gestellten Anträge mitgeteilt; hierauf folgte die rechtliche Erörterung der Sache. In den rechtlichen Ausführungen waren auch mehrere zwar in den vorbereitenden Schriftsätzen vorgebrachte, aber in dem Thatbestande des ersten Urteils (in welchem auf die vorbereitenden Schriftsätze nicht Bezug genommen ist) nicht erwähnte Thatumstände besprochen, ohne daß ersichtlich gemacht war, was in betreff derselben verhandelt oder als Ergebnis der Verhandlung angesehen worden ist. Der Revisionskläger rügte, daß das angefochtene Urteil keinen Thatbestand enthalte und somit dem § 284 Ziff. 3 der CPO. verletze. Dasselbe wurde vom RG. (Sen. 3) aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die 2. Instanz zurückgewiesen.

„Der Revisionskläger rügt mit Recht eine Verletzung der Vorschrift im § 284 Ziff. 3 der CPO., nach welcher das Urteil einen **Thatbestand** enthalten soll. Daß in der Vernachlässigung dieser Vorschrift eine die Revision begründende Gesetzesverletzung zu finden sei, ist zwar in der CPO. (vergl. § 513) nicht ausdrücklich ausgesprochen; dies folgt aber mit Notwendigkeit daraus, das nach § 524 der Revisionsrichter keine anderen Thatsachen berücksichtigen darf, als diejenigen, welche sich aus dem Thatbestande, bez. gemäß § 285 aus der Berichtigung

desselben durch das Sitzungsprotokoll ergeben, und daß derselbe daher bei Ermangelung eines gehörigen Thatbestandes gar nicht im stande ist, in der Sache selbst zu entscheiden.

Es dürfen namentlich die vorbereitenden Schriftsätze von dem Revisionsrichter nicht anders in Betracht gezogen werden, als wenn und insoweit der Inhalt derselben im Thatbestande in Bezug genommen und somit zu einem Bestandteile des letzteren gemacht worden ist (§ 284 Abs. 2); und es mag auch noch hervorgehoben werden, daß der § 284 keineswegs gestatten will, bei der Anfertigung des Thatbestandes diejenigen Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, welche mit dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze übereinstimmen, regelmäßig durch eine bloße Bezugnahme auf letztere zum Ausdrucke zu bringen; es soll vielmehr diese Bezugnahme, wie schon die Gesetzesworte „nicht ausgeschlossen" ergeben, nur ausnahmsweise zulässig sein, und wenngleich hierbei dem richterlichen Ermessen im Einzelfalle ein gewisser Spielraum offen gelassen ist, so muß man doch immer vor Augen behalten, daß nach der Vorschrift des § 284 Ziff. 3 der Thatbestand in einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes zu bestehen hat, und darf man daher die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze nur anwenden, wenn und soweit deren Ausführungen diesem Erfordernisse entsprechen, d. i. sich auf eine Darstelluug der wesentlichen Thatsachen beschränken und dieselben mit der gehörigen Präzision kennzeichnen.

In vorliegender Sache ist es nun zwar nicht richtig, daß das angefochtene Urteil gar keinen Thatbestand enthalte. Dasselbe hebt die in der Berufungsinstanz gestellten Parteianträge hervor und nimmt Bezug auf den ganzen Inhalt des ersten Urteils, also auch auf den in diesem enthaltenen Thatbestand, und in solcher Bezugnahme muß man die Feststellung finden, daß die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte ein mit jenem Thatbestand übereinstimmendes Ergebnis geliefert habe. Unwesentlich ist auch, daß dieser Thatbestand nicht von den Gründen äußerlich gesondert worden ist.... Eine wesentliche Verletzung des § 284 Ziff. 3 liegt aber darin, daß das OLG. in seinen Gründen eine Reihe von Thatumständen, welche in dem angezogenen erstinstanzlichen Thatbestande nicht erwähnt sind, in Betracht gezogen hat, ohne daß es feststellt, was hierüber vor ihm verhandelt worden ist. So ist ohne irgend eine Feststellung des Verhandelten die Rede von... Während also einerseits aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils sich ergibt, daß die Verhandlung in der Berufungsinstanz sich keineswegs bloß auf das nach dem Thatbestande der 1. Instanz dort Vorgetragene beschränkt hat, ist andrerseits die in der Berufungsinstanz über neue Thatsachen stattgehabte mündliche Verhandlung nicht festgestellt worden. Daß ein solcher Mangel des Thatbestandes eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und eine Zurückverweisung der Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung unvermeidlich macht, liegt klar zu Tage, da es an der für die Entscheidung der Revisionsinstanz unentbehrlichen thatsächlichen Grundlage fehlt."

Urt. v. 23. Nov. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 123.

7. In einem Rechtsfalle kam es darauf an, ob eine Warenbestellung vor dem 1. Sept. 1876 (an welchem Tage der Beklagte sein Geschäft abgegeben hatte) erfolgt sei. Der Thatbestand des Berufungsurteils enthielt nur, daß die Bestellung „im Sommer 1876" erfolgt sei. Gleichwohl war in den Entscheidungsgründen die Bestellung als vor dem 1. Sept. erfolgt angenommen. Das RG. (Sen. 3) erachtete die hiergegen erhobene Revision unter Bezugnahme auf § 516 Ziff. 3 der CPO. für begründet. „Als eine Ergänzung des Thatbestandes ließe sich jene Erwägung in den Entscheidungsgründen nur auffassen, wenn das Berufungsgericht dabei auf das Ergebnis der mündlichen Verhandlung sich bezogen hätte."

Zugleich nahm das RG. an, daß, da in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils auf den „unangefochtenen Thatbestand des ersten Urteils" Bezug genommen sei, angenommen werden müsse, daß der Thatbestand des LG.-Urteils nebst allen darin angezogenen schriftlichen Verhandlungen, Urkunden und Beweisangeboten der Parteien auch dem Berufungsgericht vorgetragen sei.

Urt. v. 27. Dez. 1880 i. S. Paul w. Müller.

8. Der Klage aus einem Kaufvertrage hatte der Verklagte u. a. entgegengesetzt: der Vertrag sei nicht perfekt geworden, weil derselbe unter der Bedingung der Zustimmung seines Vaters abgeschlossen, diese aber nicht eingetreten sei. Nach dem Thatbestand des Urteils 1. Instanz war dieser Einwand erhoben und in Übereinstimmung mit den Schriften begründet. Das Gericht 1. Instanz wies aus einem andern Grunde die Klage ab. Auf die Berufung des Klägers reformierte das OLG., wobei es den vorgedachten Einwand unbeachtet ließ, „weil der Beklagte in der Berufungsinstanz denselben nicht geltend gemacht habe". Der Beklagte erhob hiergegen Revision. Er führte an, daß er allerdings den Einwand vorgebracht, indem der Anwalt des Klägers nach dem Thatbestande des Urteils 2. Instanz den Fall vorgetragen und es daher einer erneuerten Vorschützung des Einwandes von Seiten des Anwalts des Beklagten nicht bedurft habe. Das RG. (Sen. 3) wies die Revision zurück.

Nach dem Thatbestande des Urteils 2. Instanz hat der Anwalt des Klägers den Inhalt des angefochtenen Urteils 1. Instanz mitgeteilt, „soweit er sich mit dem in der Klage behaupteten Kaufabschluß beschäftigt", und es ergibt sich nicht, daß die gesamten Verhandlungen 1. Instanz zum Vortrag gebracht sind. Wenn auch im Eingang des Urteils im allgemeinen auf das Urteil 1. Instanz Bezug genommen wird, so muß doch bei der hervorgehobenen positiven Anführung als feststehend angesehen werden, daß in der Berufungsinstanz der fragliche Einwand nicht vorgebracht ist. Eventuell hätte Beklagter eine Berichtigung des Thatbestandes nach § 291 CPO. beantragen müssen. Der mit Bezug auf Wach (Vorträge zur CPO. S. 184) und v. Wilmowski und Levy (Kommentar § 488) aufgestellte Satz: der gesamte in den Akten 1. Instanz ruhende Prozeßstoff müsse dem Berufungsrichter als offenkundig gelten, auch wenn er mündlich nicht vorgetragen sei, kann nicht für richtig anerkannt werden. Der Grundsatz der

Mündlichkeit besteht darin, daß der ganze Stoff des Rechtsstreits dem Richter unmittelbar mündlich vorgetragen wird. Demnach muß auch in der Berufungsinstanz der gesamte Rechtsstreit mündlich vorgetragen werden. (Dies wird dann noch unter Bezugnahme auf §§ 481, 485 CPO. in längerer Darlegung ausgeführt, dabei auch erwähnt, daß nach §§ 127, 130 dem Vorsitzenden die Pflicht obliege, nötigenfalls für eine Vervollständigung des Vortrags und für eine erschöpfende Erörterung der Sache Sorge zu tragen.) Auch die aus den §§ 473, 494, 495 u. 504 abgeleitete Folgerung für das Gegenteil ist nicht gerechtfertigt. Der Satz in § 504, „soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht", führt nicht dahin, daß das festgestellte Sachverhältnis als bekannt gilt. Vielmehr muß dasselbe dem Berufungsgericht vorgetragen werden, und nötigenfalls hat der Vorsitzende den erschienenen Anwalt zu veranlassen, seinen Vortrag zu vervollständigen. Die CPO. kennt kein Verfahren, wodurch das Berufungsgericht von dem thatsächlichen Inhalte der Verhandlungen 1. Instanz, soweit er in den Akten festgestellt ist, ohne Mitwirkung der Parteien in Kenntnis gesetzt würde. Der Vorsitzende und die Mitglieder des Gerichts haben nach dem Inhalte der Akten die Vollständigkeit und Richtigkeit der Vorträge der Parteien, insbesondere bezüglich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte, zu überwachen. Aber sie können nur durch Vervollständigung der Verhandlung die Berücksichtigung des bisher nicht mitgeteilten Prozeßstoffes ermöglichen.

Urt. v. 25. Jan. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 102.

9. Das RG. (Sen. 3) hob ein Urteil auf, weil darin entscheidendes Gewicht auf eine Thatsache gelegt sei, welche es in dem Thatbestande des ersten Urteils für zugestanden angenommen habe, während das Geständnis in dem gedachten Thatbestande nicht konstatiert, dasselbe auch in den Sitzungsprotokollen nicht enthalten sei.

Urt. v. 1. März 1881 i. S. Höpfner w. Saake.

10. Eine Ehescheidungklage des Mannes war darauf gegründet, daß die Frau gegen besseres Wissen den Mann wegen eines unsittlichen Vergehens bei der Staatsanwaltschaft zur Anzeige gebracht habe, derselbe aber wegen ungenügenden Verdachtes außer Verfolgung gesetzt worden. Die Beklagte behauptete, daß ihre Anschuldigung auf Wahrheit beruhe. Beide Teile benannten als Zeugen die bereits in den Untersuchungsakten vernommenen Personen. Die 1. Instanz wies die Klage ab, weil sie in der falschen Anschuldigung keinen Ehescheidungsgrund erblickte. Die 2. Instanz ließ die von beiden Teilen noch als Beweismittel bezeichneten Untersuchungsakten beifügen und anerkennen, und wies dann die Berufung zurück. Die Entscheidungsgründe besagten: es könne der Beweis der Klagbehauptungen durch den angebotenen Zeugenbeweis nicht erbracht werden, da die vorgeschlagenen Zeugen, welche (bis auf einen) mit den in den Untersuchungsakten vernommenen identisch seien, voraussichtlich nichts Erhebliches zu Gunsten des Klägers werden aussagen können, auch die Auflegung eines richterlichen Eides nach Inhalt der Untersuchungsakten unthunlich sei. Auf Revision des Klägers hob das RG. (Sen. 3) das Urteil auf.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung kann nicht dahin führen, Beweismittel wegen bloßer Wahrscheinlichkeit, daß sie kein Ergebnis liefern, zu verwerfen. Es kann aber unmöglich als gewiß hingestellt werden, daß die in den Untersuchungsakten vernommenen Zeugen bei gehöriger Befragung nicht anders aussagen werden, als bisher anscheinend unbeeidigt geschehen ist. Auch kann ein Zeugenbeweis nicht beurteilt werden nach Maßgabe der von den Zeugen in andern Akten abgegebenen Aussagen. „Endlich," fährt das Urteil fort, „ist auch das Prinzip der Mündlichkeit dadurch verletzt worden, daß das Urteil sich gründet auf die Berücksichtigung eines in der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragenen Akteninhalts." Auch ein Urkundenbeweis kann nur insoweit in Betracht gezogen werden, als der Beweisführer ihn mündlich vorträgt. Derselbe hat neben den unmittelbar erheblichen Thatsachen auch alle diejenigen Thatsachen darzulegen, welche in irgend einer Beziehung als mittelbar erheblich geltend gemacht werden sollen. Die dem Gerichte allerdings obliegende Einsicht der Urkunde hat nur zu dem Zwecke zu geschehen, um sich zu vergewissern, ob die Urkunde das Behauptete enthalte und um eventuell den nachträglichen Vortrag des wirklichen Urkundeninhalts in der mündlichen Verhandlung zu veranlassen.

Urt. v. 21. März 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 104.

11. In einem Rechtsfall legt das RG. (Sen. 1) dar, daß die Fälligkeit einer Schuld von gewissen Thatsachen abhängig sei. Dann fährt es in den Entscheidungsgründen folgendermaßen fort:

Wie sich nun in dieser Beziehung die thatsächlichen Erklärungen der beiden Parteien verhalten haben, ist bei der etwas dürftigen Abfassung des Thatbestandes in den beiden vorigen Urteilen nicht unzweifelhaft. Derjenige des jetzt angefochtenen Urteils umfaßt bei weitem nicht den ganzen Sach- und Streitstand: man muß daher annehmen, daß im übrigen stillschweigend auf den Thatbestand des landgerichtlichen Urteiles hat verwiesen werden sollen. Dieser aber nimmt im wesentlichen nur auf die vorbereitenden Schriftsätze und die Anlagen der Klage Bezug. Da nun laut Anlage 3 zur Klage der Anwalt des Klägers dem Beklagten gegenüber brieflich die Behauptung aufgestellt hat: „die Zahlung wäre längst fällig, wenn nicht Sch. und R. den Bau verlassen hätten", so kann man zu Gunsten des Klägers annehmen, daß er in der mündlichen Verhandlung 1. Instanz behauptet habe, wenn die Hauptschuldner ordnungsmäßig weiter gebaut hätten, so würde der Innen- und Außenputz der Häuser bereits vollendet und die Häuser bereits in die städtische Feuerkasse aufgenommen sein. Andrerseits erscheint es bei dieser Sachlage bedenklich, einen Fall der Anwendung des § 129 Abs. 2 PCO. als gegeben zu betrachten und daraufhin die fraglichen Thatsachen als vom Beklagten zugestanden anzusehen. Es bedarf also in Ansehung dieses Punktes noch weiterer Verhandlung, weshalb die Sache an das OLG. zurückverwiesen werden muß.

Urt. v. 10. Mai 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 38.

12. In einem Falle, in welchem die Vorinstanz als „Thatbestand“ eine Verweisung auf das Urteil der 1. Instanz und die vorbereitenden Schriftsätze gegeben hatte, sprach das RG. (Sen. 1) aus:

Zwar deutet die Fassung des Gesetzes darauf hin, daß regelmäßig der Richter den Thatbestand selbständig aufzustellen habe. Allein im einzelnen Falle kann durch die Bezugnahme auf Schriftsätze und Protokoll die vom Richter selbst zu verfassende Darstellung des Thatbestandes ersetzt werden. Notwendige Voraussetzung der Zulässigkeit dieses Verfahrens ist aber freilich immer, daß völlig deutlich erkennbar sei, was der Richter hat feststellen wollen. Eine einfache Bezugnahme auf die Akten wird daher nur in seltenen Fällen genügen. Zu diesen Fällen gehört aber der vorliegende. Die vorbereitenden Schriften sind bestimmt und kurz gehalten und lassen keinen Zweifel und kein Mißverständnis zu. Dasselbe gilt von den Protokollen. Über alle wesentlichen Thatsachen sind die Parteien einverstanden. Die Differenz betrifft nur die rechtliche Beurteilung. Unter diesen Umständen kann das Verfahren des vorigen Richters als ein nicht absolut unzulässiges erachtet werden. (Es folgt hierauf eine materielle Beurteilung der Beschwerden.)

Urt. v. 16. Juni 1880 i. S. Schröder w. Hughes.

13. B. hatte für Frau und Kinder eine Lebensversicherung genommen. Bei seinem Tode befand sich die Police im Besitz des M. Von der Frau auf Herausgabe belangt, wandte M. ein, daß ihm B. die Police für verschiedene Forderungen zum Pfand gegeben habe.

Diese Einrede war in den beiden Vorinstanzen verworfen. In dem Thatbestande des Urteils des Kammergerichts waren zunächst die vorstehenden Behauptungen des Beklagten spezialisiert aufgeführt, dann die einzelnen Schuldposten, für welche die Verpfändung stattgehabt (diskontierte Wechsel), dargelegt, und dann weiter gesagt:

Zum Beweise der Richtigkeit dieser Darstellung wird
1. auf die Handelsbücher, sowie auf das Zeugnis des M.*), sowie
2. auf die Prozeßakten M. wider B., insbesondere auf die in diesen Akten enthaltenen eidlichen Zeugenaussagen des M.,

Bezug genommen, auch vom Berufungskläger der Eid erboten.

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß die behauptete Übereinkunft nur so verstanden werden könne, daß die Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft verpfändet, nicht die Police als Faustpfand gegeben werden solle. Eine Forderung könne aber nur in schriftlicher Form verpfändet werden. Dann wird gesagt:

Die Behauptungen des Beklagten seien nicht unter Beweis gestellt, da nach dem ganzen Zusammenhang seiner Auslassung die sämtlichen Beweismittel nur auf die Existenz der von ihm angemeldeten Forderungen, nicht auf die Begründung des Pfandrechts zu beziehen seien.

Die hiergegen ergriffene Revision, darauf gegründet, daß die

---

*) Dieser war inzwischen in Konkurs verfallen; der Prozeß wurde vom Konkursverwalter fortgeführt, und dieser hatte den ursprünglichen Beklagten als Zeugen benannt.

Entscheidungsgründe dem vom Richter selbst festgestellten Thatbestand widersprechen, wurde vom RG. (Sen. 1) verworfen.

Wenn es auch wünschenswert erscheint, daß Thatbestand und Entscheidungsgründe im Urteil getrennt werden, so ist es doch nicht ein rechtlicher Verstoß, wenn davon abgewichen wird. Entscheidend dafür, ob eine Äußerung als thatsächliche Feststellung oder als rechtliche Erörterung anzusehen, ist nur der Inhalt derselben. Darnach ist auch die in den Entscheidungsgründen vorkommende Bezugnahme auf den „ganzen Zusammenhang der Auslassung" als ein neues thatsächliches Moment anzusehen, welches zur Ergänzung des vorher unvollständig mitgeteilten Thatbestandes dient. Die Darlegung des Sinnes dieser Ergänzung ist aber eine der Nachprüfung des Revisionsrichters sich entziehende thatsächliche Feststellung.

Urt. v. 29. Sept. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 Nr. 110.

14. In einem Rechtsfalle hing die Frage, ob Kläger dem Beklagten wegen Nichtlieferung von Cokes Entschädigung zu leisten habe, von der Vorfrage ab, ob der Beklagte, noch ehe Kläger erklärt, von dem Vertrage abgehen zu wollen, vertragswidrig von anderer Seite Cokes bezogen habe.

Das Urteil das RG. (Sen. 1) enthält in den Gründen folgendes:

Im Thatbestande des ersten Urteils, auf welchen der Thatbestand des zweiten Urteils sich bezieht, wird auf die vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Aus der mit der Klagebeantwortung vorgelegten, vom Kläger anerkannten Korrespondenz der Parteien ergibt sich aber nicht, daß vor dem 22. Dez. 1879 der Beklagte eine Erklärung, vom Vertrag abgehen zu wollen, gegeben, und ist dies auch nicht behauptet. Hatte der Beklagte also damals schon von Kr. Cokes gekauft und bestand das vertragsmäßige Verbot noch, so hatte der Beklagte den Vertrag verletzt. Die Briefe vom 22. und 24. Dez. 1879 enthalten nun auch eine ausdrückliche Rüge dieser Vertragsverletzung, und der Kläger erklärt bestimmt, daß er nunmehr nicht mehr zur Lieferung des Mehrquantums verpflichtet sei.

Es kommt also zunächst darauf an, ob die im Thatbestand des ersten Erkenntnisses erwähnte Behauptung des Beklagten, die betreffende Vertragsbestimmung sei mündlich aufgehoben worden, begründet sei, und war die Sache zur Erledigung dieser Frage und weiteren Verhandlung und Entscheidung in die 2. Instanz zurückzuverweisen.

Urt. v. 9. Febr. 1881. Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 20.

15. Auf eine Schuldklage war in dem Thatbestande des Urteils 1. Instanz angeführt, daß gegen einen Zeugen, M. R., der Einwand vom Kläger vorgebracht sei, derselbe sei ein Schwiegersohn des Beklagten. Ein Bestreiten dieses Umstandes war in dem landgerichtlichen Urteile nicht angeführt. Nachdem die 1. Instanz ein dem Beklagten günstiges Erkenntnis erlassen, wurde auf Berufung des Klägers in 2. Instanz auf einen vom Kläger zu leistenden Eid erkannt. Dabei wurde die Zeugenaussage des M. R. deshalb für unerheblich erklärt, weil er ein Schwiegersohn des Beklagten sei. Der Beklagte beantragte in

dieser Beziehung zunächst Berichtigung des Thatbestandes. In der am 23. Febr. 1881 gepflogenen mündlichen Verhandlung über diesen Antrag erklärte der Kläger, er wolle die Behauptungen des Beklagten über die Vorkommnisse der mündlichen Verhandlung 1. Instanz nicht bestreiten. Daraufhin entsprach das OLG. dem Berichtigungsantrag in der Art, daß der Bezeichnung des M. R. als Schwiegersohn des Beklagten die Worte hinzugefügt wurden: „laut unbestritten gebliebener Angabe der Klage". Der Beklagte erhob nunmehr Revision, wobei er geltend machte, daß unter Verletzung des Gesetzes die Thatsache festgestellt sei, M. R. sei sein Schwiegersohn. Das RG. (Sen. 1) sprach sich dahin aus:

Obgleich nach dem Zeugnis des OLG. die betreffende Behauptung in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vom Kläger nicht ausdrücklich vorgetragen ist, so stand doch die Thatsache schon nach dem Inhalte des Thatbestandes des landesrechtlichen Urteils fest und gehörte in dieser Form zu dem dem OLG. unterbreiteten Rechtsstoffe, da nach § 488 CPO. dieser Thatbestand als solcher, soweit erheblich, dem Berufungsgericht vorgetragen werden mußte, und nach dem Zeugnis des Thatbestandes des angefochtenen Urteils, welches auf den Thatbestand des landesgerichtlichen Urteils Bezug nimmt, auch wirklich vorgetragen worden ist. Es ist nämlich im Thatbestand des LG. bekundet, daß die Parteien den Inhalt ihrer Schriftsätze vorgetragen haben, folglich auch der Kläger den Inhalt der Klage, in welcher die Behauptung, daß M. R. der Schwiegersohn des Beklagten sei, vorkommt. Daß aber der Beklagte diesen Umstand bestritten hätte, geht aus dem Thatbestande des landgerichtlichen Urteils nicht hervor. Die Ansicht, daß der Thatbestand hinsichtlich des Nichtbestreitens nur dann Beweis liefere, wenn er diese Negative ausdrücklich hervorhebe (vgl. Struckmann und Koch zu § 285 CPO.), verdient keine Billigung. Hätte Beklagter die fragliche Behauptung bestritten, so wäre es seine Sache gewesen, schon beim LG. einen Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes zu stellen, oder in der Berufungsinstanz nach § 493 das Bestreiten nachzuholen. Auch die Vorgänge in der mündlichen Verhandlung vom 23. Febr. 1881 können dem Beklagten nicht mehr zu gute kommen. Für die Frage, ob die Revision begründet, ist es unerheblich, ob jetzt feststeht, daß der Beklagte seine Verschwägerung mit R. bestritten hat, so lange nur das OLG. in dem angefochtenen Urteil mit Recht das Gegenteil angenommen hat, was nicht zu bezweifeln ist. (Folgt eine Beurteilung der übrigen Beschwerdepunkte, welche zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils führt.)

Urt. v. 30. April 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 120.

16. In einem Prozeß, in welchem ein Bürge für die Pachtgeldschuld eines Pachters in Anspruch genommen war, wurde die Verteidigung vorzugsweise darauf gegründet, daß der klagende Verpachter unterlassen habe, das ihm zustehende Pfandrecht an dem Inventar des Pachters bei dem zu Gunsten dritter Gläubiger vollzogenen Verkaufe desselben geltend zu machen, derselbe sich auch geweigert habe, dem

Verklagten, der ihn wegen seiner Ansprüche habe befriedigen wollen, dagegen seine Rechte aus dem Pachtvertrage abzutreten.

In dem Urteile des RG. (Sen. 1) wird zunächst ein ausführlicher Thatbestand gegeben; dann aber in den Entscheidungsgründen gesagt:

„Die Darstellung des Thatbestandes in beiden Urteilen entspricht der Vorschrift des Gesetzes nicht. Nach § 284 CPO. muß das Urteil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge enthalten. Bei der Darstellung dieses Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nicht ausgeschlossen. Daraus folgt indessen nicht, daß die Bezugnahme auf die Schriftsätze oder auf „die Akten" an die Stelle des Thatbestandes treten darf, und das ist bei dem erstinstanzlichen Urteile der Fall*). Das zweitinstanzliche Urteil leidet aber an demselben Mangel, indem es auf den Thatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug nimmt, ohne die in diesem vorhandenen Lücken zu ergänzen. So ist aus den Thatbeständen der Umfang dessen, was die Parteien mündlich vorgetragen haben, in den für das Streitverhältnis wesentlichsten Beziehungen nicht zu erkennen, der Revisionsrichter ist also auch nicht in der Lage zu prüfen, ob das Gesetz auf den vorausgesetzten Sachverhalt richtig angewendet worden ist. Eine solche Prüfung würde in umfassender Weise nur erfolgen können, wenn der gesamte Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze herangezogen würde, aber es bliebe dann immer zweifelhaft, ob Umstände, welche für die Beurteilung des Revisionsrichters von wesentlicher Bedeutung sind, so, wie sie in den vorbereitenden Schriftsätzen dargelegt, auch mündlich vorgetragen sind."

Es wird dann auf mehrere Punkte des Urteils näher eingegangen, für welche die Grundlage aus den „Thatbeständen" nicht erhelle, und dann gesagt:

„Hiernach bietet das Urteil eine geeignete Grundlage zur Prüfung des Revisionsgerichts weder im allgemeinen, noch auch nur in Beziehung auf diejenige Richtung, in welcher Revisionskläger eine Verletzung materieller Rechtsgrundsätze verfolgt. Das Urteil ist also aufzuheben. Denn auf der nachgewiesenen Verletzung des § 284 CPO. beruht die Entscheidung, welche nur auf einen der Vorschrift des Gesetzes entsprechenden, in dem Thatbestande wiedergegebenen mündlichen Vortrag des Streitverhältnisses und die mündlichen Anträge der Parteien gegründet werden kann."

„Das Urteil ist auch aus einem materiellen Grunde aufzuheben." (Nun folgt, unter Anführung der entsprechenden Thatsachen, eine Auseinandersetzung der unrichtigen Rechtsanschauungen, welche dem angefochtenen Urteile zu Grunde liegen.)

Urt. v. 21. Mai 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 53.

17. In einer Prozeßsache hatte das LG. (zu Bremen, Kammer für Handelssachen) auf die Schriftsätze der Parteien in dieser und einer

---

*) Vgl. Entsch. d. RG. in Civilsachen Bd. 2 Nr. 117 S. 405; Nr. 123 S. 422; Bd. 4 Nr. 126 S. 431.

früheren Prozeßsache Bezug genommen. In der 2. Instanz war in Ansehung des Thatbestandes auf das Urteil des LG., die vorbereitenden Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll verwiesen, unter Hinzufügung einiger ergänzenden Bemerkungen. Das RG. (Sen. 1) hob auf Revision des Beklagten das Urteil auf und verwies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das OLG. zurück, damit zunächst ein dem § 284 CPO. entsprechender Thatbestand beschafft werde. Die Gründe sprachen aus:

Eine generelle Verweisung auf die in den Akten fixierten Erklärungen der Parteien kann nicht die Stelle der nach § 284 CPO. vom Gerichte selbst anzufertigenden gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes vertreten, wenn auch nicht ausgeschlossen ist, im Zusammenhange dieser Darstellung auf die Schriftsätze Bezug zu nehmen (Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 406, 423). Zwar kann das Berufungsgericht auf den Thatbestand des Urteils 1. Instanz Bezug nehmen. Dabei wird aber das Urteil 1. Instanz mit dem in ihm fixierten Thatbestande vorausgesetzt, und falls ein solcher in gehöriger Weise vorliegt, wird es regelmäßig genügen, wenn das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf solchen nur feststellt, inwiefern dabei geblieben oder davon abgewichen ist. Vorliegend entbehrt aber das Urteil 1. Instanz eines den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Thatbestandes. Die in die Entscheidungsgründen verwebte Darstellung des über vier von der Beklagten vorgeschützte Einwendungen Verhandelten kann selbstverständlich diesen Mangel nicht ersetzen, da damit nur vereinzelte Bruchstücke aus dem Inhalte der mündlichen Verhandlung gegeben werden. Fand daher das OLG. keine Veranlassung, in Anwendung des § 501 die Sache an das LG. zur Abfassung eines neuen Urteils mit gehörigem Thatbestande zurückzuverweisen, so mußte es dann wenigstens selbst einen umfassenden Thatbestand abfassen.

Urt. v. 28. Mai 1881. Entsch. d. RG. Bd. 4 Nr. 126.

18. Gegen eine Ehescheidungsklage hatte der Beklagte u. a. den Einwand erhoben, daß die Klägerin schon früher gegen ihn eine Scheidungsklage angestellt habe, aber mit dieser abgewiesen sei. Das OLG. hatte diese Einrede verworfen, weil der Beklagte auf dieselbe in der Berufungsinstanz nicht zurückgekommen sei. In der Revisionsinstanz wurde vom RG. (Sen. 1) dieser Grund mißbilligt.

Da aus der Bezugnahme des OLG. auf den Thatbestand des LG.-Urteils zu schließen ist, daß der erhebliche Inhalt des letzteren, wie es auch nach § 488 CPO zu geschehen hatte, in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vorgetragen worden ist, so wäre, um ein Stück jenes Inhalts von der Würdigung auszuschließen, die positive Konstatierung erforderlich gewesen, daß die Partei die betreffende Behauptung nunmehr fallen lassen wolle. (Folgt dann die materielle Beurteilung der Einrede, die zu einer Verwerfung derselben führt.)

Urt. v. 23. Juni 1881. Entsch. d. RG. Bd. 5 Nr. 115.

19. In einem Haftpflichtprozeß gründete die 2. Instanz die Verurteilung der beklagten Eisenbahn auf die thatsächliche Feststellung, daß der verunglückte Beamte bei Nacht an einer unbeleuchteten Stelle, an welcher kein Perron sich befand, habe aussteigen müssen. Die Revision wurde darauf gegründet, daß die Thatsache, es habe der Wagen außerhalb des Perrons gestanden, unter Verletzung des Gesetzes festgestellt sei.

In der Berufungsschrift der Beklagten in 2. Instanz war die Behauptung, daß der Wagen außerhalb des Perrons gestanden, ausdrücklich als unrichtig und in 1. Instanz nicht einmal vorgebracht bezeichnet. Im Sitzungsprotokolle war bekundet, die Parteivertreter hätten ihre bei den Akten befindlichen Schriftsätze verlesen. In den Entscheidungsgründen des Urteils zweiter Instanz war gleichwohl gesagt, die fragliche Thatsache stehe unwidersprochen fest.

Das RG. (Sen. 2) verwarf die Revision:

Nach den Prinzipien der CPO. kommt es nicht darauf an, was in den vorbereitenden Schriftsätzen, sondern was bei der Verhandlung in der Sitzung geltend gemacht wird. Für letzteres ist nur der Thatbestand maßgebend, dessen Berichtigung vorliegend nicht verlangt wurde, und gemäß dessen Beklagte nur erklärte, es sei auch dann nicht anzunehmen, daß eine besondere Gefahr mit dem Herabsteigen verbunden gewesen sei, wenn dieses außerhalb des Perrons stattzufinden hatte. Wenn hiernach auch kein förmliches Zugeständnis vorlag, so fiel doch der Widerspruch hinweg. Auch aus dem (übrigens nach § 128 CPO. unstatthaften) Verlesen der Schriftsätze ergibt sich nicht, daß die Parteien in ihren mündlichen Ausführungen bei dem in den Schriftsätzen Vorgebrachten verblieben sind.

Urt. v. 26. Okt. 1880. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 114.

20. In einem Urteile des RG. (Sen. 2) wird folgendes gesagt:

Von den Bestimmungen des § 284 Abs. 2 und 505 CPO. darf nur ein vorsichtiger Gebrauch gemacht werden. Als Regel gilt: der Thatbestand des Urteils soll eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien liefern. Die Nichtbefolgung der Regel erschwert nicht allein sehr häufig das Verständnis der Entscheidung, sondern entzieht unter Umständen der Revisionsinstanz völlig die Möglichkeit einer Nachprüfung, vornehmlich dann, wenn Zweifel darüber offen bleiben, welche Thatsachen in der Berufungsinstanz festgestellt und rechtlicher Beurteilung unterworfen worden sind. Das gegenwärtige Berufungsurteil gibt in der Darstellung des Sachstandes derartigen Zweifeln immerhin einigen Raum. Der thatsächliche Inhalt der Klagbeilagen 1—8 ist teilweise von Belang für die Sachentscheidung. Inwieweit ihn aber der Berufungskläger vorgetragen hat, läßt sich aus dem vorigen Urteile mit voller Bestimmtheit nicht entnehmen. Der Hinweis auf den Vortrag des landgerichtlichen Urteils ergänzt diesen Mangel nicht, da letzteres selbst von einer der Vorschrift in § 284 Abs. 1 Nr. 3 CPO. entsprechenden Darstellung des Sachverhältnisses absieht. Hiernach konnte allerdings in Frage gelangen, ob nicht das angefochtene Urteil wegen

Verletzung der vorerwähnten Prozeßvorschrift aufzuheben sei. Das RG. glaubte indessen von dem bezeichneten Mangel in diesem Falle absehen zu können, weil derselbe von der Revisionsklage nicht gerügt und weil deshalb um so unbedenklicher davon auszugehen ist, daß der im vorstehenden Thatbestande angegebene Sachverhalt der Beurteilung des Berufungsgerichts unterlegen habe.

Urt. v. 11. Jan. 1881 i. S. Reichel w. Öhler.

Die vorstehenden Entscheidungen geben ein wenig erfreuliches Bild von unserm modernen Prozesse.

„Die Verhandlung der Parteien über den Rechtstreit vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche.“ So lautet der Satz, mit welchem ein ganz neuer Geist in die deutsche Rechtsprechung einziehen sollte. War es doch, als ob man glaubte, daß die mündliche Verhandlung gleichsam einen elektrischen Strom bilde, aus welchem der geistige Funken in die Köpfe der Richter überspringen und dort sofort ein unfehlbares Urteil erzeugen werde*)!

Nun soll aber doch der Rechtsfall durch mehrere Instanzen geprüft werden, und zur Nachprüfung gehört vor allem Kenntnis der Thatsachen, auf welchen die Vorentscheidung beruht. Diese Thatsachen sind mit dem gesprochenem Wort in der Luft zerflossen. Woher sie nehmen? Da sagt nun die Weisheit des Gesetzes: der Richter der Vorinstanz soll in sein Urteil einen „Thatbestand“ aufnehmen, welcher eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Parteivorträge enthält. Aber haben wir denn da nicht doch wieder eine S c h r i f t, die der Richter der höheren Instanz zur Grundlage seiner Entscheidung machen soll? Was die P a r t e i e n schriftlich vorbringen, darf der Richter bei Leibe nicht beachten. Aber d i e s e Schrift, die der R i c h t e r der Vorinstanz angefertigt hat, das ist die reine Mündlichkeit. Seltsam, wie man sich und Andere so täuschen kann!

Worin besteht nun wohl der Vorzug dieses richterlich angefertigten „Thatbestandes“ vor demjenigen Thatbestande, der aus den Schriften der Parteien selbst sich ergibt? Daß er wahrheitsgetreuer die Erklärungen der Parteien wiedergebe, ist doch nicht anzunehmen. Im Gegenteil, das, was der Anwalt unmit-

*) Wem diese Darstellung übertrieben erscheinen sollte, der lese doch die Ausführung des Minister L e o n h a r d t, welcher die Berufung auch in Civilsachen abschaffen wollte und dies in den Motiven seines Entwurfs wesentlich damit begründete, daß die Vortrefflichkeit des mündlichen Verfahrens die Berufung überflüssig mache. Alles wurde aufgeboten, um diesen Gedanken durchzubringen. Jetzt, wo man die Abschaffung der Berufung in Strafsachen bereits so bitter empfindet, wird man vielleicht klarer darüber sein, was es zu bedeuten gehabt hätte, wenn man auch in Civilsachen die Berufung beseitigt und statt dessen zwei „Revisionen“ aufeinander gepfropft hätte.

telbar nach den Angaben der Parteien niederschreibt, wird eine weit größere Gewähr der Richtigkeit an sich tragen, als dasjenige, was der Richter auf den mündlichen Vortrag der Anwälte — also aus zweiter Hand — nach der Erinnerung niederschreibt. Daß die Parteien auch Anderes, als das in den Schriften Enthaltene, bei der mündlichen Verhandlung vorbringen dürfen, würde nur die Feststellung dieses Anderen, soweit es vorgekommen, notwendig machen. Nun soll freilich die Darstellung eine „gedrängte“ sein, und vielleicht wird darin der Vorzug gefunden. Ja, wenn sich das nur immer so leicht machen ließe! Aber in einem einigermaßen verwickelten Prozesse eine gedrängte und doch vollständige Darstellung der Thatsachen zu geben, ist eine der schwierigsten Aufgaben, wie sich dies sehr deutlich an den veröffentlichten Entscheidungen des RG. selbst erkennen läßt. Natürlich kann die „gedrängte“ Darstellung nur dadurch erreicht werden, daß man Unerhebliches wegläßt. Was aber ist unerheblich? Kann nicht der Verfasser des Urteils darin irren? Kann er nicht in der Auffassung dessen irren, was die Parteien vorgebracht haben? Kann er nicht, auch wenn er richtig aufgefaßt hat, in der Wahl seiner Worte irren? Je öfter eine Darstellung durch das Filter fremden Denkens hindurchgeht, um so unsicherer wird sie. Und doch kommt es im Prozeß auf die genaueste Kenntnis der Thatsachen an. Es kann vorkommen, daß der ganze Prozeß von einem einzigen Worte, ja von einer einzigen Silbe abhängt.

Und mit welchem Drange kann wohl der Instanzrichter sich berufen fühlen, auf diese so schwierige und verantwortliche Arbeit einen großen Fleiß zu verwenden? Muß er doch sich bewußt sein, daß diese Arbeit für den eigentlichen Zweck des Prozesses nutzlos ist. Die Parteien kennen die Thatsachen schon, und brauchen nicht erst darüber belehrt zu werden. Das eigene Kolleg hat dieselben soeben vor sich verhandeln gehört. Der Thatbestand hat also nur den Zweck, im Interesse der höheren Instanz festzustellen, was mündlich vorgebracht ist, und wenn dieses das Nämliche ist, was schon in den Akten steht, dem Richter höherer Instanz das Lesen der Akten zu ersparen. Und deshalb soll der Richter der Vorinstanz nicht allein das, was für ihn selbst erheblich erscheint, sondern auch alles, was für die höheren Instanzen erheblich werden könnte, in sorgfältiger Darstellung ausarbeiten. Wird aber ein Rechtsmittel gar nicht ergriffen, so ist die Arbeit vollends umsonst angefertigt. Muß da nicht gerade der fleißige Richter sich stets sagen, daß er weit besser seine Kräfte verwerten könnte, als damit, einen solchen Thatbestand zurecht zu drechseln?

Die schlimmste Seite der Sache aber liegt darin, daß mit der Abfassung des Thatbestandes vielfach das Schicksal des ganzen

Prozesses in die Hände eines einzelnen Mannes gegeben ist, ohne Kontrolle, ohne Rechtmittel. Es braucht nur der den Thatbestand abfassende Richter darin eine Erklärung der Partei unrichtig wiederzugeben oder wegzulassen, und die Partei ist unwiderbringlich daran gebunden*). Man wird vielleicht sagen, das Kolleg bilde doch eine Kontrolle; und ein Rechtsmittel sei ja in dem Antrag auf „Berichtigung des Thatbestandes" gegeben. Ach! wenn man doch nur wüßte, wie es in Kollegien hergeht! Schon die Entscheidungsgründe, die doch noch einiges Interesse gewähren, sind in der Regel das ausschließliche Werk des Referenten. Höchstens, daß der Vorsitzende diesen oder jenen Ausdruck darin berichtigt. Es fehlt zunächst in den Kollegien an Zeit zu einer genaueren Prüfung, zumal bei der üblich gewordenen Ausführlichkeit der Urteile. Aber es fehlt auch öfters das Interesse und der kollegialische Sinn. Manche Richter halten es für eine persönliche Kränkung, wenn an ihrer Fassung irgend etwas beanstandet wird. Wo mehrere dieser Art in einem Kolleg vereinigt sind, gelangen sie wohl auch stillschweigend zu einer Art Versicherung auf Gegenseitigkeit, dergestalt, daß alle Abänderungsanträge abgelehnt werden. Nun denke man sich gar den Thatbestand als den Entscheidungsgründen noch hinzukommend, und man wird sich eine Vorstellung davon machen können, mit welchem Maße von Interesse und Aufmerksamkeit die Kollegen bemüht sein werden, die Darstellung des Urteilverfassers einer Kontrolle zu unterwerfen. Die Kontrolle ist in der großen Mehrzahl der Fälle thatsächlich gleich null.

Was sodann das durch § 291 CPO. eingeführte Rechtsmittel der „Berichtigung des Thatbestandes" anbelangt, so sollte man davon lieber gar nicht reden. Schon die Vorschrift, daß dieses Rechtsmittel an eine einwöchentliche Frist von „Aushang des Urteilsverzeichnisses" geknüpft ist, macht dasselbe zu einem praktisch ziemlich wertlosen**). Aber selbst unterstellt, die Partei gelangte noch frühzeitig genug zur Kenntnis des Urteils, um das Rechtsmittel innerhalb der Frist erheben zu können: wie gering wird doch die Aussicht auf Erfolg sein! Handelt es sich um eine solche Berichtigung, welche an der gegebenen Entscheidung nichts ändern würde, die also nur kautelarisch begehrt wird für den Fall,

---

*) So z. B. macht es einen Unterschied, ob in einem LG.-Urteile steht: „Beklagter hatte diese Thatsache nicht bestritten", oder „er hat sie zugestanden". Im ersteren Falle kann der Beklagte das Bestreiten in der Berufungsinstanz nachholen. Im letzteren Falle ist er damit ausgeschlossen.

**) Auf den in der Reichs-Justizkommission erhobenen Einwand, daß ja durch den Aushang die Parteien den Inhalt des Urteils gar nicht erführen, erwiderte Dir. v. Amsberg: die Anwälte könnten ja nach dem Aushange die Urteile sich zur Durchsicht geben lassen, und dadurch den Inhalt erfahren. Sapienti sat!

daß die Sache in die höhere Instanz gelange: so wird eine solche bei einem wohlwollenden Gericht vielleicht ohne Schwierigkeit zu erlangen sein. Aber wie schwer ist es für den Anwalt, in dieser Richtung den Thatbestand des Urteils umfassend zu prüfen*)! Handelt es sich dagegen um eine Berichtigung, die der Entscheidung selbst den Boden entzieht, so müßten in der That die Richter nicht Menschen, sondern Engel sein, wenn sie, lediglich auf Grund ihrer Erinnerung, sich entschließen sollten, zu erklären: „Ja, wir haben uns geirrt und deshalb falsch geurteilt.“ Die Richter schlügen sich damit selbst ins Gesicht. In Fällen dieser Art wird daher das Rechtsmittel kaum jemals Erfolg haben. In den obigen Entscheidungen kommt einmal (Nr. 15) ein Berichtigungsverfahren vor. Trotz des gegnerischen Zugeständnisses hat dasselbe keinen andern Erfolg gehabt, als daß es bei der festgestellten Thatsache verblieb und derselben nur noch ein Untergrund zugefügt wurde.

In Wahrheit also ist mit dem Thatbestande des Urteils die ganze Grundlage für die Entscheidung des Prozesses den Parteien selbst aus der Hand genommen und in eine einzige dritte Hand gespielt. Und wehe den Parteien, wenn diese Hand eine unglückliche ist! Wer es weiß, wie vielfach in dem preuß. Verfahren, welches doch in den Akten eine feste, die Kontrolle ermöglichende Grundlage für die Feststellung der Thatsachen hatte, dennoch „Aktenwidrigkeiten“ vorkamen, welche zu einer Aufhebung des Urteils in höherer Instanz führten, der kann sich ein ungefähres Bild davon machen, welche Summe von Willkür sich in dem richterlichen „Thatbestand“ häufen wird, der nur in der Luft zerfließende Worte zur Grundlage nimmt und dadurch jeder Kontrolle spottet.

Bei dieser Sachlage blieb für diejenigen, welche das Verderbliche dieser ganzen Einrichtung von vornherein erkannten, nur ein Trost. Das war der Schlußsatz des § 284, wonach bei Darstellung des Thatbestandes eine Bezugnahme auf die Schriftsätze „nicht ausgeschlossen“ sein soll. Man durfte hoffen, daß diese euphemistische Redeweise, welche aus dem stillen Bewußtsein der völligen Undurchführbarkeit der Thatbestandslehre hervorgegangen, wohl verstanden werden, und daß in der Bezugnahme auf die Schriftsätze das erste und wichtigste Recht der Parteien, in allen

---

*) So z. B. ist es vorgekommen, daß, weil in dem Thatbestande des vorinstanzlichen Urteils nur ein einzelner Paragraph eines vorgelegten Vertrags in Bezug genommen war, in der Revisionsinstanz die Bezugnahme auf weitere Paragraphen dieses Vertrags abgewiesen wurde. Wie kann der Anwalt so etwas ahnen?

schwierigen Fällen mit ihrer eigenen thatsächlichen Darstellung von den Richtern aller Instanzen unmittelbar gehört zu werden, doch wieder zur Geltung kommen würde.

Nach den vorliegenden Entscheidungen des RG. scheint diese Hoffnung nicht in Erfüllung gehen zu sollen. Wird auf diesem Wege fortgefahren, so sind damit die Rechte der Parteien in einem Maße dem Zufall und der Willkür preisgegeben, wie es seit Menschengedenken jedenfalls innerhalb des größeren Teiles von Deutschland nicht der Fall gewesen.

Die obigen Entscheidungen sind der Zeitfolge nach, und zwar getrennt nach Senaten, geordnet. Die des dritten Senates, welcher gleichsam die Führerschaft übernommen, sind dabei vorangestellt. Auffallend ist es übrigens, daß fast nur Entscheidungen des ersten und dritten Senates gedruckt vorliegen.

Meine Besprechung will ich an die einzelnen Erscheinungen anknüpfen, in welchen der Thatbestand des Urteils sich darstellt.

Unterstellen wir zunächst, das Gericht liefere einen dem § 284 Nr. 3 entsprechenden, formell völlig korrekten Thatbestand, ohne Bezugnahme auf Schriftsätze. Über die daran sich knüpfenden Folgen belehren uns die Entscheidungen 3, 15, 2, 8, 10.

Die Entscheidung 3 ergibt, daß, wenn das Gericht erster Instanz, also die drei Männer, die das Landgericht bilden, auf Grund des mündlichen Hin- und Herredens der Anwälte irgend einen Schluß über ein Einverständnis der Parteien ziehen — vorliegend war es das Einverständnis über ein Verhältnis, das so verwickelt ist, daß man es erst zweimal lesen muß, ehe man es versteht, bei dem aber 20253 *M.* in Frage standen — damit die Sache ein für allemal abgethan ist. Denn was der „Antrag auf Berichtigung" bedeutet, haben wir schon oben besprochen. Von jenen drei Männern bilden schon zwei die entscheidende Majorität. Wie viel aber jeder einzelne von der Verhandlung wirklich erfaßt, oder an sich hat vorübergehen lassen, das steht dahin. Denn welcher Richter könnte wohl von sich behaupten, daß, wenn stundenlang vor seinen Ohren mündlich verhandelt wird, ihm nichts entginge? In der zweiten Instanz, wenn diese wieder einen neuen Thatbestand anfertigt, wiederholt sich natürlich dieselbe Gefahr. — In den Parlamenten, wo auch das mündliche Wort herrscht, wo es aber auf ein Mißverständnis weit weniger ankommt, ist gleichwohl ein jedem Redner freistehendes Berichtigungsverfahren gegeben. Das sind die „persönlichen Bemerkungen", und man weiß, wie häufig von solchen Gebrauch gemacht wird. Haben

aber die Richter etwas mißverstanden, und schließt sich hinter ihnen die Thür des Beratungszimmers, so gilt für die Parteien der Satz: laßt jede Hoffnung fahren. Daß man auf diese Weise im Handumdrehen um 20253 ℳ. kommen kann, ist klar.

Aber nicht allein das, was die Vorinstanz aus Mißverständnis positiv in dem Thatbestande niedergeschrieben hat, sondern auch das, was sie niederzuschreiben unterlassen hat, gereicht den Parteien zum Verhängnis. Ein Beispiel dafür bietet die Entscheidung 15. Wider einen Zeugen des Beklagten war ein Einwand erhoben. Das LG. hatte es unterlassen, im Thatbestand das Bestreiten dieses Einwandes zu konstatieren. Das LG. selbst hatte zu Gunsten des Beklagten erkannt, und dieser hatte gar keine Veranlassung gegen das Urteil zu reagieren. Das OLG. aber reformiert und erklärt dabei die Aussage des Zeugen für unerheblich, weil der gegen ihn erhobene Einwand vom Beklagten „nicht bestritten", folglich zugestanden sei. Nun wird noch ein „Berichtigungsverfahren" beim OLG. versucht, wo sogar der Gegner zugesteht, daß der Beklagte in erster Instanz jenen Einwand bestritten habe. Vergebens! Und auch die Revision wird vergeblich versucht, indem das RG. die Ansicht sehr verständiger Kommentatoren der CPO., daß der Thatbestand, um den Beweis eines stillschweigenden Zugeständnisses zu liefern, das Nichtbestreiten positiv bezeugen müsse, nicht zu billigen vermag. Wir haben also hier eine neue Art von fingiertem Geständnis vor uns. Früher galt ein solches doch nur, wenn die Partei selbst oder ihr Vertreter eine entsprechende Erklärung abzugeben unterlassen hatte. Und manche Prozeßrechte sahen selbst hierin noch eine solche Härte, daß sie gegen eine derartige Versäumnis des Anwalts der Partei Restitution gewährten. Jetzt aber kontumaziert der Richter gewissermaßen sich selbst. Hat er auf eine von ihm niedergeschriebene Parteibehauptung die Erklärung der Gegenpartei niederzuschreiben vergessen, so gilt diese als geständig. Nichts kann ihr davon helfen.

Aber auch unterstellt, aus der Nichterwähnung des Bestreitens im Thatbestande sei in der That zu folgern, daß die Partei über diesen Punkt geschwiegen: gibt es denn nicht auch einen § 130 in der CPO., welcher es dem Richter zur Pflicht macht, durch geeignete Fragen für die Abgabe der für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen zu sorgen? Nicht ohne Absicht hat die Reichs-Justizkommission in diesem Paragraphen das Wort „kann" in das Wort „hat" verwandelt. Sie wollte dadurch klar stellen, daß die Stellung solcher Fragen nicht bloß ein Recht, sondern eine Pflicht des Richters sei. Hätte man denn nicht dieses Paragraphen sich entsinnen können, um daran eine andere Entscheidung zu knüpfen?

Wir dürfen übrigens nicht übersehen, daß unter 9 eine Entscheidung enthalten ist, welche von dem gegenteiligen Grundsatz auszugehen scheint. Ganz klar ist indessen die Sache nicht. Auch ist zu beklagen, daß diese Entscheidung nicht in die offiziöse Sammlung aufgenommen ist.

Endlich müssen wir das an die korrekte Aufnahme eines Thatbestandes sich anschließende Bild ausmalen, wie es sich aus den Entscheidungen unter 2, 8 und 10 ergibt.

Gesetzt, es ist eine Klage erhoben, deren Begründung recht zweifelhaft ist. Der Beklagte bestreitet nicht allein die Klage in ihrer rechtlichen und thatsächlichen Begründung, sondern setzt ihr auch eine Reihe Einreden entgegen. Die Sache kommt zur Verhandlung. Es würde im Interesse von Gericht und Anwälten entschieden vernünftig sein, zunächst nur über die Klage und deren Begründung verhandeln und darüber das Gericht beraten zu lassen. Entschiede sich dasselbe für den Ungrund der Klage, was bedürfte es dann noch einer Verhandlung über alle Einreden des Beklagten und einer vollständigen Beweisantretung über alles thatsächlich Bestrittene? Nein! sagen die RG.-Erkenntnisse, das geht nicht. Wir können nur erkennen über das, was in der Vorinstanz verhandelt ist, und worüber die Vorinstanz einen Thatbestand aufgenommen hat. „Der Thatbestand muß nicht bloß das dem urteilenden Gerichte belangreich erscheinende Material, sondern das gesamte Streitverhältnis umfassen.“ (Entsch. 2.) Auch Beweise können nur Beachtung finden, wenn sie dem Gerichte vorgetragen sind. (Entsch. 10.) Wenn also ein Fall der oben unterstellten Art vorliegt, so muß das Gericht, trotzdem dasselbe es für sein Urteil gar nicht nötig hat, sich alles Streitmaterial und alle Beweise vortragen lassen. Dann aber muß der Urteilsverfasser dies Alles in einem „Thatbestand“ vollständig zusammenstellen. Dann folgen die Gründe und die Entscheidung, welche diese ganze Zusammenstellung als unnötig ausweisen. Und könnte man sich auch in der ersten Instanz mit Rücksicht auf die Zulassung von neuem Vorbringen in der Berufungsinstanz von der Aufstellung eines solchen vollständigen Thatbestandes für entbunden erachten — obgleich die Nicht-Aufnahme für die betreffende Partei die Verurteilung in die Kosten nach § 92 Abs. 2 zur Folge haben kann — so würde doch jedenfalls das Berufungsgericht sich der Aufnahme eines solchen vollständigen Thatbestandes nicht entschlagen dürfen. Auch dieses Gericht ist vielleicht derselben Ansicht. Es könnte den Prozeß in einer kurzen Verhandlung abmachen. Aber es muß das ganze Material von neuem sich vortragen lassen und abermals einen Thatbestand darüber aufnehmen, damit, wenn die Sache in die Revisionsinstanz kommt, diese einen vollständigen Thatbestand vorfindet. Kann man sich

wohl ein unverständigeres Verfahren denken? Mit welcher Berufsfreude werden wohl Richter und Anwälte solchen nutzlosen Verhandlungen sich unterziehen? Und wäre es ein Wunder, wenn sie bei diesem Mißbrauch ihrer Kräfte die Arbeit dabei mit Oberflächlichkeit behandelten? Wer aber würde darunter wieder zu leiden haben? Die Parteien, auf welche alle Verkehrtheiten des Prozesses immer wieder zurückfallen!

Dies ergibt sich auch aus der weiteren Entwicklung. Es genügt nämlich für die Wahrung der Rechte der Partei nicht, daß ein Vorbringen von ihr in den Thatbestand der Vorinstanz aufgenommen ist. Sie muß es auch in der höheren Instanz wieder mündlich vorbringen. Wie man dabei zu Schaden kommen kann, beweist der Rechtsfall unter 8. Der Beklagte hatte in der 1. Instanz gegen die Klage aus einem Kaufvertrag einen Einwand vorgebracht, welcher der Sache nach auf ein Leugnen des Klaggrundes hinauslief*). Der Einwand war auch im Thatbestand konstatiert, die Klage aber aus einem anderen Grunde zurückgewiesen. In der Berufungsinstanz trug der Anwalt des Klägers den Thatbestand vor, „soweit er sich mit dem in der Klage behaupteten Kaufabschluß beschäftigt". Das Berufungsgericht reformiert zu Gunsten des Klägers, und weist den Einwand des Beklagten zurück, weil derselbe in 2. Instanz nicht wieder vorgebracht sei. Die Revision wird auch hier verworfen. Mit ebenso viel Scharfsinn, wie in der Entscheidung 15 verwendet ist auf die Darlegung, daß eine Behauptung des Klägers vorliege, deren der Beklagte für geständig zu halten sei, wird hier deduziert, daß der Beklagte allerdings seinen Einwand nicht vorgebracht habe, und deshalb damit auszuschließen sei. Die Ansicht einiger Kommentatoren, daß der Thatbestand der Vorinstanz dem Berufungsrichter als offenkundig gelten müsse, wird verworfen. Die dann folgende Ausführung über das Prinzip der Mündlichkeit ist von der Art, daß sie gewiß an Schärfe nichts zu wünschen übrig läßt. Wir haben dabei nur folgende Bedenken.

Die Ausführung sagt: „ein Verfahren, wodurch das Berufungsgericht von dem thatsächlichen Inhalt der Verhandlungen 1. Instanz ohne Mitwirkung der Parteien in Kenntnis gesetzt würde, kennt die CPO. nicht". Die CPO. kennt aber auch ein Zwangsmittel nicht, wodurch die Parteien dasjenige, was nicht in ihrem Interesse liegt, vorzutragen genötigt werden könnten. Auch der § 488 Abs. 2 gibt ein solches nicht an die Hand. Gesetzt, die Parteien einigten sich, in der Berufungs- oder Revisionsinstanz etwas in anderer Gestaltung vorzutragen, als es in den Vorverhandlungen enthalten

*) Es war die Behauptung, daß der Kaufvertrag nur unter einer Bedingung abgeschlossen sei.

ist — es könnte ja das im beiderseitigen Interesse liegen — und auf die Aufforderung des Vorsitzenden, ihren Vortrag zu berichtigen, erklärten die Anwälte, daß sie dazu keine Veranlassung fänden: mit welchen Mitteln wollte man sie denn dazu zwingen? Müßte denn da nicht — soweit es sich um Dinge handelte, die von Amtswegen zu berücksichtigen sind — doch der Vorsitzende oder ein Gerichtsmitglied sich entschließen, selbst, sei es öffentlich oder im Beratungszimmer, aus den Akten das Nötige vorzutragen? — Noch mehr tritt diese Notwendigkeit im Versäumnisverfahren hervor. Nach § 504 soll in der Berufungsinstanz das Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden angenommen werden, „soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht". Gesetzt, der Anwalt des Berufungsklägers trüge aber das „festgestellte Sachverhältnis" nicht vor oder anders vor, als es in den Akten steht, weigerte sich auch, seinen Vortrag zu berichtigen: müßte denn da nicht das Gericht selbst diese Berichtigung auf Grund der Akten vornehmen? — In 1. Instanz soll nach § 296 der nicht erschienene Beklagte des thatsächlichen „mündlichen" Vorbringens des Klägers für geständig erachtet werden. Nach § 300 Nr. 3 darf aber der Kläger — wie dies auch in der Natur der Sache liegt — kein Wort mehr vorbringen, als in seiner schriftlichen Klage steht. Thäte er es dennoch, so müßte das Gericht ihn auf Grund der Akten berichtigen. Das „mündliche" Vorbringen, dessen der Beklagte geständig erachtet werden soll, ist hiernach nichts als eine leere Fiktion. An diesen Erscheinungen erkennt man so recht die innere Unwahrheit des ganzen Prinzips.

Am einfachsten würden die meisten Schwierigkeiten sich lösen, wenn man beim RG. sich entschließen könnte — übereinstimmend mit Wach — den Inhalt der Urteile der Vorinstanzen als gerichtskundig anzusehen und ihn deshalb nicht allein gegen, sondern auch für die Parteien von Amtswegen zu beachten. Es würde dann meistens dem Gericht und den Anwälten die mißliche Situation erspart bleiben, daß ersteres von den letztern immer noch Dinge vorgetragen begehrte, die es schon in den Akten vor Augen hat; was sich ungefähr so ausnimmt, als ob ein Schulmeister einem Knaben die Lektion abhört*). Hält man aber daran fest, daß jedenfalls nach § 488 Abs. 2 zunächst versucht werden müsse, die Anwälte durch Fragen zur Vervollständigung ihres Vortrags zu veranlassen, so erkennt doch das Gesetz eine Verpflichtung hierzu

*) Deshalb sollte man auch nicht, wie dies bei manchen Gerichten vorkommt, die Anwälte in ihren mündlichen Vorträgen stets leiten und korrigieren wollen. Wenn sich am Schluß des Vortrags ergibt, daß wesentliche Dinge fehlen, dann ist es noch immer Zeit, darauf hinzuweisen (vgl. Heuser, Annalen Bd. 11 S. 275 ff.).

nicht bloß bezüglich dessen an, was das Gericht von Amtswegen zu wahren hat, sondern allgemein bezüglich dessen, was zur „Vollständigkeit der Verhandlung" gehört. Dies besagen die §§ 127, 130, auf welche das RG. selbst hinweist. Gesetzt nun, in dem vorliegenden Falle hätte der Anwalt des Beklagten den in 1. Instanz erhobenen Einwand nicht in genügender Weise wieder vorgebracht, so war es doch gewiß sehr zweifelhaft, ob er ihn wirklich fallen lassen wollte. War es denn da nicht Pflicht und Schuldigkeit des Vorsitzenden, die Frage an ihn zu richten, ob er wirklich auf den Einwand verzichten wolle? Wenn aber in einem solchen Falle das Gericht ganz mäuschenstill sitzt, und nachher mit einem Urteil hervortritt, worin der Partei gesagt wird: „Das hast du genügend vorzubringen vergessen, deshalb wirst du damit ausgeschlossen", so muß das jedes gesunde Rechtsgefühl tief verletzen. Ein solches Verfahren sollte auch das RG. nicht billigen. Es sollte Bedenken tragen, das Prinzip der Mündlichkeit gegen die Parteien anzuwenden, während es das einzige Korrektiv, welches das Gesetz wider die Gefahren dieses Prinzips zu Gunsten der Parteien in die Hand des Richters legt — die Pflicht des Richters zu Fragstellungen —, praktisch ignoriert. Hier, wo es sich um Schutz der Parteirechte gegen richterliche Versäumnis handelte, wäre eine Aufhebung des Urteils und Verweisung der Sache zur nochmaligen Verhandlung am Platze gewesen, die man in anderen Fällen, wo die Parteien nicht das geringste Interesse dabei hatten, auszusprechen kein Bedenken trug.

Wenn in dieser Weise das Prinzip der Mündlichkeit zur Anwendung kommt, dann bildet dasselbe nur eine Falle, in welche die Parteien, welche ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen wagen, jeden Augenblick hineinfallen können.

Nachdem wir die Gestaltung des Prozesses, welche sich an die Anfertigung eines selbständigen, formell korrekten Thatbestandes knüpft, besprochen, wollen wir nun die Fälle besprechen, in welchen der Thatbestand nicht selbständig oder in minder korrekter Form auftritt.

In dieser Beziehung dürfte das für völlig richtig zu halten sein, was das RG. (Sen. 3) — wir möchten sagen noch in erster Unbefangenheit — in dem Erkenntnis 1 ausgesprochen hat. Da der Mangel des Thatbestandes nicht unter den Fällen des § 513 aufgezählt ist, so kann dieser Mangel auch niemals an sich (als prozessualische Beschwerde), sondern immer nur als sachliche Beschwerde von den Parteien geltend gemacht werden. Darnach gibt es zunächst keine Aufhebung eines Erkenntnisses wegen mangelhaften Thatbestandes von Amtswegen, wie die Entscheidung 4 eine solche ausspricht. Auch der § 501 kann für die Revisionsinstanz keine Anwendung finden, weil er nur für die Berufung

gegeben, in § 529 auch nicht mit herübergenommen ist.*) Die einzige Grundlage für die Anfechtung eines Urteils wegen mangelhaften Thatbestandes bildet hiernach der § 516 Nr. 3. Es muß erhellen, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen, welche für die Entscheidung von Bedeutung sind, festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen sind.

Die erste Frage nun, welche sich in dieser Beziehung stellen läßt, ist die:

muß der Thatbestand gesondert von den Enscheidungsgründen, diesen vorausgehend, festgestellt werden, oder ist eine Vermischung der Thatsachen mit den Entscheidungsgründen zulässig?

Diese Frage wird sich durch folgende Bemerkung noch klarer stellen. Sicherlich kann nicht jede thatsächliche Feststellung von dem Bereich der Entscheidungsgründe ausgeschieden werden. Diejenigen thatsächlichen Feststellungen, welche auf Grund der Beurteilung einer Beweisführung erfolgen, können nur in Anschluß an die Entscheidungsgründe, welche die Beweisführung beurteilen, gegeben werden. Wir können daher die obige Frage genauer dahin formuliern:

muß in dem Urteil vor den Entscheidungsgründen eine von diesen gesonderte Darstellung der unbestrittenen Thatsachen und derjenigen Behauptungen, welche bestritten sind, gegeben werden?

Den Gegensatz hiervon würde ein Urteil bilden, in welchem

entweder gar keine Thatsachen,

oder unbestrittene Thatsachen und Behauptungen nur untermischt mit den auf sie bezüglichen Entscheidungsgründen

gegeben wären.

Der erste Fall wird nicht leicht vorkommen. Er würde ohne Zweifel eine Beschwerde begründen, und zu einer Aufhebung des Urteils führen müssen. Es wäre ja das Vernünftigste gewesen, das Gesetz hätte die Präsumtion aufgestellt, daß, wenn der Richter in seinem Urteil nichts weiter anführt, die mündliche Verhandlung den vorausgehenden Schriften entsprochen habe. Da dies aber nicht geschehen ist, muß der Richter die seinem Urteile zu Grunde liegenden Thatsachen, sei es selbständig, sei es durch Bezugnahme, jedenfalls aber ausdrücklich feststellen.

Der zweite Fall allein bildet Schwierigkeiten. In der CPO. ist ein von den Entscheidungsgründen gesonderter Thatbestand nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Aus Nr. 5 des § 284 ließe sich sogar das Gegenteil ableiten. Auch der § 529

---

*) Zu § 501 bildet gerade der § 513 den Gegensatz, indem er die Beschwerde wegen Nicht-Wahrung der essentialia processus — denn aus dieser ist der § 513 hervorgegangen — in der Revisionsinstanz auf gewisse äußerste Fälle beschränkt.

ist nicht entscheidend, da er von den „festgestellten Thatsachen“ im allgemeinen, nicht vom „Thatbestand“ redet. Daß die in die Entscheidungsgründe eingereihten Thatsachen nicht im Stande seien, ein vollkommenes thatsächliches Bild des Rechtsfalles zu geben, läßt sich wohl nicht behaupten. Geben doch die Entscheidungen des RG. selbst, so wie sie veröffentlicht werden, größtenteils nur in dieser Form den Thatbestand des Falles. Aus dieser Form an sich würde daher kein Grund der Anfechtung zu entnehmen sein. Die Partei könnte vielmehr die Anfechtung nur gründen auf die Behauptung, entweder, daß außer den in den Entscheidungsgründen aufgeführten Thatsachen noch andere Thatsachen geltend gemacht seien, welche das Gericht zu berücksichtigen unterlassen habe; oder, daß die in den Entscheidungsgründen aufgeführten Thatsachen unrichtig seien.

Was die erstere Art der Anfechtung betrifft, so dürfte für dieselbe folgende Betrachtung maßgebend sein. Unzweifelhaft ist es die Absicht des Gesetzes gewesen, daß das Gericht bei der Urteilsfällung die Feststellung der thatsächlichen Grundlagen des Prozesses zum Gegenstand eines selbständigen Denkprozesses mache. In der Selbständigkeit dieses Denkprozesses liegt jedenfalls eine größere Garantie für eine vollständige Darstellung der Thatsachen, als in der Untermischung dieses Denkprozesses mit der Abfassung der Entscheidungsgründe. Es tritt dies besonders hervor, wenn man erwägt, daß ja unter Umständen der „Thatbestand“ auf weit mehr sich erstrecken muß, als dasjenige thatsächliche Material, auf welches die Entscheidungsgründe das Urteil bauen (S. 225). Dieses gleichsam überschüssige Material findet in den Entscheidungsgründen gar keinen Raum. Dies alles wird es rechtfertigen, wenn der Revisionsrichter die hier fragliche, dem Gesetz nicht entsprechende Form als einen genügenden Grund gelten läßt, die Partei mit der Behauptung, daß erhebliche Thatsachen (die sie natürlich anzuführen hat) übergangen seien, zu hören, und ihr ein neues Stadium zur Geltendmachung dieser Thatsachen zu eröffnen.

Bedenklicher ist die Anfechtung, welche die Unrichtigkeit einer in den Entscheidungsgründen festgestellten Thatsache zur Grundlage nimmt. Daß der Richter, indem er den zur Feststellung der Thatsachen bestimmten Denkprozeß selbständig durchmacht, in höherem Maße befähigt wäre, die Thatsachen richtig zu erkennen und darzustellen, als bei Abfassung der Entscheidungsgründe, wird sich schwerlich behaupten lassen. Und es liegt daher auch kein innerer Grund vor, aus dem Umstand allein, daß der Richter die Thatsachen innerhalb der Entscheidungsgründe festgestellt, die Anfechtung einer Thatsache als „gesetzwidrig“ festgestellt zuzulassen.

Man wird dies auch in dem Falle gelten lassen müssen, wenn in dem Urteil ein gesonderter Thatbestand aufgestellt ist, daneben aber auch noch in den Entscheidungsgründen thatsächliche Anführungen vorkommen, und diese als formwidrig festgestellt angefochten werden. Bei vielgestalteten Verhältnissen ist es oft sehr schwer, den Thatbestand, getrennt von den Entscheidungsgründen, ganz vollständig zu geben; und unwillkürlich schleichen sich leicht thatsächliche Wendungen in die Entscheidungsgründe ein, die den Thatbestand zu ergänzen bestimmt sind. Die Annahme, daß jedes selbständige thatsächliche Anführen in den Entscheidungsgründen eine gesetzwidrige Feststellung sei, würde daher zu einer äußerst formalistischen Behandlung der Sachen führen. Nur wird dabei stets zu beachten sein, ob die in den Entscheidungsgründen angeführten Thatsachen wirklich die Natur selbständig festgestellter Thatsachen haben, und nicht bloß unrichtig gezogene Schlußfolgerungen aus den Thatsachen des Thatbestandes sind.

Noch weniger, als in dem letzteren Falle, ist an dem Vorhandensein einer gegründeten Beschwerde zu zweifeln, wenn in dem Urteile ein gesonderter Thatbestand aufgestellt ist, daneben aber in den Entscheidungsgründen Thatsachen aufgeführt sind, welche den durch den Thatbestand festgestellten Thatsachen widersprechrn. In diesem Falle liegt ein Widerspruch in der thatsächlichen Feststellung vor, welcher die Frage über den Bestand der betreffenden Thatsache als ein non liquet erscheinen läßt, und deshalb, soweit es auf dieselbe ankommt, notwendig zu einer Aufhebung des Urteils führen muß.

Prüfen wir nun, wie zu den hier dargelegten Grundsätzen die Entscheidungen des RG. sich verhalten.

Die Entscheidung 2 verlangt Sonderung des Thatbestandes von den Entscheidungsgründen, gelangt aber gleichwohl wegen Mangels dieser Sonderung zu keiner Aufhebung des Urteils.

Die Entscheidungen 7, 9, 18 heben Urteile auf, weil in den Entscheidungsgründen auf Thatsachen Bezug genommen wird, die mit dem mitgeteilten Thatbestande nicht übereinstimmen. Das entspricht der obigen Ausführung.

In dem Rechtsfall 6 war die Beschwerde auf den Mangel eines Thatbestandes gegründet. Die Entscheidung hat in ihren Gründen zwei Teile, einen theoretischen, der von dem Mangel eines Thatbestandes überhaupt und von der Bezugnahme auf die Schriftsätze handelt, und einen praktischen, der uns hier zunächst allein interessiert. Die Entscheidung findet, daß ein Thatbestand, wenn auch nicht in äußerer Sonderung von den Gründen, doch vorhanden sei. Einen solchen hält sie für genügend. Gleichwohl erachtet sie für „klar zu Tage liegend“, daß eine Aufhebung des

angefochtenen Urteils „unvermeidlich“ sei, weil die Entscheidungsgründe noch auf weitere Thatsachen Bezug nehmen, die der Thatbestand nicht enthalte, und weil nicht festgestellt sei, was darüber verhandelt worden. Dem gegenüber möchte man wohl die Frage erheben: waren denn diese Thatsachen angefochten? Und was versteht die Entscheidung darunter, daß „festgestellt“ sein müsse, was über eine Thatsache verhandelt worden? Liegt nicht in der Aufstellung einer Thatsache von selbst die Bezugnahme auf die stattgehabte Verhandlung? — So wie die Entscheidung vorliegt, läßt sie nicht wohl erkennen, ob sie von den oben vertretenen Grundsätzen ausgehe, oder mehr einem Formalismus huldige.

Gleiches gilt von der Entscheidung 17, welche die in die Entscheidungsgründe verwebte Darstellung des über die Einwendungen des Beklagten Verhandelten nicht zureichend findet, um ein Urteil darauf zu geben.

Die Entscheidung 13 erklärt die Feststellung von Thatsachen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich für zulässig; eine solche wird aber auch schon in dem Ausspruch gefunden, „daß nach dem ganzen Zusammenhang der klägerischen Auslassung die Beweisantretung auf eine wesentliche Thatsache — die stattgehabte Verpfändung der Police — sich nicht beziehe“; und daraufhin wird die Revision zurückgewiesen. Nach dem Mitgeteilten ist wohl kaum zu bezweifeln, daß der Kläger auch auf diese Thatsache seine Beweisantretung richten wollte, wobei auch noch in Betracht kommt, daß ja Kläger die Police schon besaß. Wenn bei solcher Sachlage eine solche Phrase, wie die angezogene, genügt, um die Parteien mit Geltendmachung ihrer Rechte auszuschließen, so zeigt das wieder, in wie hohem Maße die Rechte der Parteien in diesem Verfahren willkürlichen Annahmen des Richters ausgesetzt sind. Wäre es aber wirklich zweifelhaft gewesen, ob die klägerische Beweisantretung sich auf den gedachten Punkt mitbeziehe, so wäre hier wieder es Pflicht des Gerichts gewesen, das Fragrecht nach § 130 ausüben, und Pflicht der höheren Instanz, aus diesem Gesichtspunkt eine Korrektur eintreten zu lassen.

Einen gleich unbefriedigenden Eindruck macht die Entscheidung 19. Das Berufungsgericht hatte in Widerspruch mit dem (durch Bezugnahme auf die Schriftsätze) festgestellten Thatbestande eine geleugnete Thatsache als zugestanden angenommen. Das RG. weist die Revision zurück, weil man ja nicht wissen könne, ob die Parteien in ihren mündlichen Verhandlungen bei den Schriftsätzen geblieben seien. Wenn man einen solchen Zweifel gelten läßt, dann hört eben jede Anfechtung auf. Das Gericht mag, auch in Widerspruch mit sich selbst, annehmen was es will: man kann niemals wissen, ob es nicht mündlich doch so vorgekommen ist.

Auch der vorausgehende Satz der Entscheidungsgründe ist bedenklich. Daß durch die Bestreitung der Erheblichkeit einer Thatsache, „wenn sie richtig wäre“, nicht der gegen dieselbe erhobene (thatsächliche) Widerspruch hinwegfällt, dürfte kaum zweifelhaft sein.

Wir wenden uns endlich zu der wichtigsten Frage:

inwieweit kann der Umstand, daß die Vorinstanz, statt selbständig einen Thatbestand aufzustellen, auf den Inhalt der Schriftsätze Bezug genommen hat, Grund zu einer Beschwerde geben?

Ich stelle absichtlich die Frage auf eine deshalb zu erhebende „Beschwerde“, weil, wie bereits oben bemerkt, für eine Berücksichtigung dieses Punktes von Amtswegen es an jeder rechtlichen Grundlage fehlt. Ich nehme aber keinen Anstand, jene Frage durchweg zu verneinen. Das Gesetz bezeichnet allerdings die Zulässigkeit einer solchen Bezugnahme nur mit den Worten, sie sei „nicht ausgeschlossen“, und aus diesen Worten leitet das RG. ab, daß diese Bezugnahme nur als Ausnahme vorkommen solle. Da aber für die Zulässigkeit dieser „Ausnahme“ das Gesetz absolut keine beschränkende Regel aufstellt, vielmehr alles dem Ermessen des Gerichts überläßt, so ist es auch unmöglich, zu behaupten, daß durch diese Form der thatsächlichen Feststellung „Thatsachen unter Verletzung des Gesetzes festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen“ seien. Die Ansicht, das Revisionsgericht sei „gar nicht im Stande“, auf Grund einer solchen Bezugnahme über die Revision zu erkennen, wird widerlegt durch die Thatsache, daß das preuß. OTr. fast ein halbes Jahrhundert hindurch (und in gleicher Weise das OAG. zu Berlin, so lange es bestand,) auf das völlig gleiche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ohne maßgebenden „Thatbestand“, lediglich auf Grund der aus den Parteischriften sich ergebenden Thatsachen, geurteilt hat*). So gut wie diese Gerichte würde auch das RG. völlig im Stande sein, die Thatsachen aus den Schriftsätzen zu entnehmen. Das kann mitunter schwierig sein. Aber es ist doch gewiß nicht schwieriger, als das Entnehmen der Thatsachen aus den vorüberfliegenden mündlichen Vorträgen, welches man doch den Richtern der Vorinstanzen zumutet. Überdies würde ja — wenigstens nach den bisherigen Annahmen des RG. — auch in

*) Allerdings bestand auch für die altpreußischen Gerichte die Vorschrift, daß sie im Urteil einen „Thatbestand“ anfertigen sollten. Allein dieser Thatbestand hatte keine maßgebende Bedeutung, und der Mangel desselben konnte nur disziplinarisch gerügt werden (Nr. 17 der Instr. v. 7. April 1839. § 1 d. Ges. v. 20. März 1854). Für die neupreußischen Landesteile hat eine solche Vorschrift nie bestanden.

der Revisionsinstanz nur dasjenige zu beachten sein, was die Anwälte aus den in Bezug genommenen Schriften vortragen, und dadurch ist der Revisionsrichter ganz in dieselbe Lage gebracht, wie der Richter der Vorinstanz.

Die Entscheidungen des RG. zu dieser Frage nehmen eine durchaus verschiedene Stellung ein. Einige lassen die Bezugnahme auf die Schriftsätze gelten und sind bemüht, auf dieser Grundlage den Prozeß zu einer materiell gerechten Entscheidung zu bringen. So die Entscheidungen 5, 11, 14. Andere erörtern die Pflicht der Vorinstanzen, nur „ausnahmsweise“ auf die Schriftsätze Bezug zu nehmen, zwar theoretisch, geben aber der Sache keine praktische Folge. So die Entscheidungen 2, 6, 12, 20. Endlich folgen Entscheidungen, die mit der Sache Ernst machen, und die angefochtenen Urteile wegen Bezugnahme auf die Schriftsätze aufheben. So die Entscheidungen 4, 16, 17*).

Den schärfsten Ausdruck findet das Prinzip der Unduldsamkeit in dem theoretischen Teile der Entscheidung 6, indem diese eine Bezugnahme auf die Schriftsätze nur zulassen will, wenn letztere „auf die wesentlichen Thatsachen sich beschränken und dieselben mit der gehörigen Präzision kennzeichnen“.

Das Interesse, welches jenem Prinzip zu Grunde liegt, wird am schärfsten betont in dem Satze der Entscheidung 4: „Es kann nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, an der Stelle des Berufungsgerichts die thatsächlichen Grundlagen für die Prüfung der Rechtsfrage zu ermitteln oder auch nur zu prüfen, ob die mündlichen Ausführungen der Parteien, soweit sie thatsächlicher Natur sind, den Inhalt der Schriftsätze wiedergeben“. Darnach ist es „nicht zweifelhaft“, daß das angefochtene Urteil „von Amtswegen“ aufzuheben sei.

Die Entscheidung 17 zeichnet sich dadurch aus, daß sie auch das OLG. darauf hinweist, in den Fällen, wo das LG. keinen gehörigen Thatbestand gearbeitet, die Sache zur nochmaligen Verhandlung an dasselbe zurückzuverweisen; obgleich doch die OLGerichte nach Inhalt der §§ 491 und 493 CPO. dazu noch viel weniger rechtlich in der Lage sein dürften, als das Revisionsgericht.

Eine eigentümliche Stellung nimmt die Entscheidung 16 ein. Sie motiviert die Unzulässigkeit einer Bezugnahme auf die „Akten“ — womit der Richter der Vorinstanz doch wohl nur die Schriftsätze gemeint haben kann — damit, daß man ja darnach nicht wissen könne, was von den Schriftsätzen wirklich mündlich vorgetragen sei.

---

*) Es sind übrigens, soviel mir bekannt geworden, deren noch mehrere ergangen.

Diesen Zweifel kann man menschlich wohl gelten lassen. Nicht minder macht sich aber derselbe Zweifel auch geltend, wenn der Richter der Vorinstanz einen selbständigen Thatbestand aufgestellt hat. Denn auch dieser wird wohl niemals den Wortlaut des Gesprochenen wiedergeben. Die Annahme, daß der „Thatbestand", mag er nun selbständig aufgestellt oder durch Bezugnahme auf die Schriften beschafft sein, den Inhalt der mündlichen Verhandlung wiedergebe, beruht hiernach lediglich auf einer Fiktion. Diese Fiktion stellt aber das Gesetz in gleicher Weise auf für den selbständigen Thatbestand, wie für die Bezugnahme. Deshalb fehlt es für jenen Zweifel an der rechtlichen Grundlage.

Übrigens dürfen wir in zwei Punkten der Entscheidung 16 unsere Anerkennung nicht versagen. Einmal stellt sie selbst einen gut gearbeiteten Thatbestand auf und zeigt damit, daß sie die Anforderungen, die sie an andere stellt, auch gegen sich selbst gelten läßt. Sodann geht sie auch auf das Materielle der Sache ein, und sucht so die Revisionsinstanz doch nicht ganz vergeblich für die Parteien verlaufen zu lassen. Es thut wohl, einer solchen Obsorge für das Parteiinteresse zu begegnen.

Prüfen wir vom freien Standpunkte die Frage, wann es zulässig und angemessen sei, von der Befugnis des Abs. 2 in § 284 Gebrauch zu machen, so kann die Beantwortung dieser Frage nur durch sachliche Interessen bestimmt werden. Natürlich ist es die Pflicht des Gerichts, selbständig alle diejenigen Thatsachen im Urteil festzustellen, welche abweichend von den Schriften in der mündlichen Verhandlung vorkommen. Soweit aber die mündliche Verhandlung in dem Bereich des schon in den Schriften Verhandelten sich bewegt, dürfte sich die Frage, ob der Richter besser thue, einen selbständigen Thatbestand aufzustellen, oder auf die Schriftsätze Bezug zu nehmen, lediglich darnach beantworten:

> ob nach Maßgabe der mündlichen Verhandlung der Richter sich im Stande fühlt, eine bessere Darstellung des Sach- und Streitstandes zu geben, als diejenige ist, welche sich schon aus den Schriften ergibt.

Wo der Richter nach Inhalt der mündlichen Verhandlung hierzu außer Stande sich findet, würde er, wenn er genötigt würde, einen selbständigen Thatbestand zu liefern, am besten thun, die Schriften abzuschreiben. Dieses Abschreiben wird ihm erspart, indem das Gesetz die Bezugnahme gestattet. Sollten daher auch die Schriften die Thatsachen nicht „mit gehöriger Präzision" kennzeichnen, so würde doch, wenn auch die mündliche Verhandlung keine Präzision hineingebracht, der Richter mit Recht auf die Schriften Bezug nehmen. Denn man kann ihm doch nicht zumuten, die Thatsachen präziser darzustellen, als sie ihm gebracht

werden. Im Gegenteil, das Gericht würde dadurch eine Verantwortlichkeit auf sich laden, welche zu übernehmen es weder verpflichtet noch berechtigt ist. Je schwieriger ein Thatbestand der mündlichen Verhandlung zu entnehmen ist, um so gefährlicher ist dessen richterliche Aufstellung für die Parteiinteressen. Die Frage, ob Bezugnahme gerechtfertigt sei oder nicht, läßt sich daher nur aus einer Vergleichung des Inhalts der Schriften mit dem Inhalt des mündlich Verhandelten bemessen. Und da dieses zweite Glied der Vergleichung nur dem erkennenden, nicht dem höheren Gerichte vorliegt, so kann auch nur jenes, nicht dieses über die Rechtfertigung einer solchen Bezugnahme urteilen. Auch diese Betrachtung führt dahin, daß die fragliche Bezugnahme nicht zum Gegenstand einer Beschwerde gemacht werden kann.

Vielleicht wird die Sache noch klarer, wenn wir uns erinnern, daß der § 505 bezüglich des in der Berufungsinstanz anzufertigenden Thatbestandes mit gleichlautenden Worten ausspricht, es sei dabei eine Bezugnahme auf das Urteil voriger Instanz „nicht ausgeschlossen". Die Frage, wann der Berufungsrichter recht thue, auf den Thatbestand der Vorinstanz Bezug zu nehmen, beantworte ich in gleicher Weise dahin:

> wenn er sich außer Stande findet, auf Grund des vor ihm mündlich Verhandelten einen besseren Thatbestand aufzustellen.

Er müßte ja sonst den Thatbestand erster Instanz einfach abschreiben*). Geht man hiervon aus, so wird die Frage, ob eine solche Bezugnahme die Minderzahl oder die Mehrzahl der Fälle bilden werde, lediglich davon abhängen, wie in der Vorinstanz gearbeitet wird. Und es hat gewiß keine Berechtigung, zu behaupten, wegen der Worte „nicht ausgeschlossen" dürfe eine solche Bezugnahme immer nur die „Ausnahme" bilden. Jene Worte sind nur aus der — völlig haltlosen, gleichwohl das ganze Gesetz durchdringenden — Annahme hervorgegangen, als ob die mündliche Verhandlung etwas ganz anderes sei, als der Inhalt der vorher gewechselten Schriften; und die Verhandlung zweiter Instanz etwas ganz anderes, als die der ersten; während doch in der großen Mehrzahl der Fälle beide sachlich zusammenfallen.

Jene Ansicht findet aber auch in der eigenen Praxis des RG. ihre Bestätigung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müßte eigentlich das RG. in seinen Urteilen j e d e s m a l e i n e n n e u e n T h a t b e s t a n d aufstellen. Denn die Bestimmung in § 505 ist

*) Aus gleichem Gesichtspunkt hat auch das RG. (Sen. 1) — im Gegensatz zu der Vorschrift der preuß. Verordnung v. 14. Dez. 1833 — es für zulässig erklärt, daß in der höheren Instanz auf die Entscheidungsgründe der Vorinstanz einfach Bezug genommen werden dürfe; eine gewiß erfreuliche Entscheidung Entsch. d. RG. Bd. 3 Nr. 127.

nur für die Berufungsinstanz gegeben und in § 529 nicht in Bezug genommen. Nun sagt man freilich, letzteres sei nur vergessen. Wenn man nun auch dies zugibt, so gelangt man doch nicht weiter, als daß auch für das RG. die Vorschrift des § 505 Anwendung finde, daß also die Bezugnahme auf den Thatbestand des Urteils voriger Instanz „nicht ausgeschlossen" sei. Hiervon macht aber das RG. in der Art Gebrauch, daß es regelmäßig (bei einigen Senaten wohl immer) auf den Thatbestand der Vorinstanz Bezug nimmt. Es ist das gewiß höchst verständig. Es wäre empörend, wenn den Mitgliedern des höchsten Gerichtshofes zugemutet würde, jederzeit den schon im früheren Urteile enthaltenen Thatbestand von neuem abzuschreiben oder gar in andere Worte umzusetzen. Wenn aber das RG. aus den analog angewendeten Worten „nicht ausgeschlossen" für sich die Zulässigkeit regelmäßiger Bezugnahme ableitet, so erscheint es doch sehr gewagt, aus den nämlichen Worten für die untern Instanzen die kategorische Vorschrift abzuleiten, daß bei ihnen die Bezugnahme auf Vorinstanz und Schriften nur ausnahmsweise vorkommen dürfe.

Beim RG. aber scheint man die Vorschrift wegen Aufstellung eines Thatbestandes vorzugsweise im Sinne einer dadurch bezweckten Entlastung der höheren Instanzen aufzufassen. Aus dieser Auffassung hat sich dann dieser Kampf der Instanzen untereinander entwickelt, bei welchem die Parteien nur insofern interessiert sind, als dadurch der Prozeß hinausgezogen wird und sie die Kosten bezahlen müssen. Man täuscht sich auch, wenn man etwa glaubt, diesen Kampf im Interesse des Prinzips der Mündlichkeit zu führen. Im Gegenteil, das RG. ist — vielleicht sich selbst unbewußt — dergestalt von der Notwendigkeit einer schriftlichen Grundlage für seine Thätigkeit durchdrungen, daß es eine solche um jeden Preis sich verschaffen und dadurch den Schwierigkeiten der Mündlichkeit begegnen zu müssen glaubt.

Hat die Vorinstanz einen selbständigen Thatbestand geliefert, dann gestaltet sich die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz sehr einfach. Die Anwälte lesen den Thatbestand des Urteils und ihre Revisionsanträge vor, und fügen einige Rechtsausführungen bei. Das ist Alles. Dann hat das Revisionsgericht in dem vorgelesenen Thatbestand eine schriftliche Formel, auf welche der thatsächliche Inhalt des Prozesses zurückgeführt ist und mit welcher sich formell operieren läßt. Man kann jedes Wort auf die Goldwage legen. Alle nicht darin vorkommenden Thatsachen gelten als ausgeschlossen; nicht aufgenommene Erklärungen gelten als Zugeständnis u. s. w., wie das die obigen Entscheidungen (S. 225 ff.) ergeben.

Ist dagegen in dem angefochtenen Urteil auf die Schriftsätze Bezug genommen, so kann diese der Anwalt nicht einfach vorlesen; er muß mündlich daraus vortragen. Aus diesem Vortrag muß dann, unter Zuhilfenahme der Schriftsätze, das Revisionsgericht selbst sich den Thatbestand bilden. Daß dies schwieriger ist, unterliegt keinem Zweifel. Und deshalb verlangt das RG., wie die Entscheidung 4 ausspricht, daß die Vorinstanz ihm diese Last durch Anfertigung eines Thatbestandes abnehme.

Ob aber damit dem Interesse der Sache gedient sei, das ist doch eine ganz andere Frage. Sie entscheidet sich danach, ob anzunehmen ist, daß in dem gerichtsseitig angefertigten Thatbestande das Parteivorbringen zu einem richtigeren Ausdruck gelange, als in den von den Parteien selbst angefertigten Schriften. Für diese Annahme liegt — abgesehen von dem Falle, wo die mündliche Verhandlung wirklich Neues bringt — nicht der geringste Grund vor. Wenigstens dann nicht, wenn der Richter durch Bezugnahme auf die Schriftsätze bekundet, daß er auf Grund der mündlichen Verhandlung etwas Anderes und Besseres, als was die Schriftsätze enthalten, zu geben außer Stande sei. Nun kann man ja durch wiederholte Aufhebung der Urteile die Vorinstanzen vielleicht zwingen, einen selbständigen Thatbestand anzufertigen. Aber kann man sie denn auch zwingen, einen guten Thatbestand anzufertigen? Kann man sie zwingen, daß sie in ihrer „gedrängten" Darstellung nur unerhebliche Dinge ausscheiden, nicht auch erhebliche? Kann man sie zwingen, die von der Partei dargestellten Thatsachen nur besser wiederzugeben, nicht auch schlechter? Kann man überhaupt jemanden zwingen, mehr zu leisten als er eben kann? Und wenn nun die Vorinstanzen einen Thatbestand anfertigen, so mangelhaft, daß die höchste Instanz dadurch gehindert ist, ein gerechtes Urteil zu geben: wird man sich alsdann damit beruhigen, daß doch der Buchstabe des Gesetzes erfüllt sei?

Wer jemals den Inhalt fortlaufender Reden zu protokollieren versucht hat, wird wissen, wie schwer es ist, denselben genau und vollständig wiederzugeben. Es ist deshalb eine ganz unerfüllbare Zumutung, daß die Richter, nach ihrer Durchschnittsbefähigung, nun gar aus der Einnerung im Stande sein sollen, auf Grund der mündlichen Verhandlung in schwierigen Fällen einen völlig richtigen Thatbestand aufzustellen. In der großen Mehrzahl dieser Fälle wird daher der „Thatbestand", auf dessen Erzwingung man solchen Wert legt, nichts anderes sein und nichts anderes sein können, als ein Aktenauszug*).

*) Als Anwälte mir klagten, sie fänden in dem Thatbestande der Urteile immer nur das wieder, was sie in den Schriften, nicht auch das, was sie mündlich vorgetragen, habe ich ihnen geantwortet: „Seid froh, daß es so ist. Denn wenn es anders gemacht würde, so würdet ihr leicht in dem Thatbestande finden, was ihr weder schriftlich noch mündlich vorgetragen."

Kann es nun aber wohl einen Richter höherer Instanz, wenn anders es ihm um eine wirklich gerechte Entscheidung zu thun ist, wahrhaft befriedigen, an einen solchen von einem untergeordneten Richter angefertigten Aktenauszug gebunden zu sein, während ihm gleichzeitig das vollständigere und bessere Material in den Akten vor Augen liegt?

Um jenes Ziel zu erreichen, hebt das RG. solche Urteile, die eines selbständigen Thatbestandes entbehren, auf, und verweist die Sache zur nochmaligen Verhandlung. Mit diesen Schlägen meint es die ihm untergeordneten Gerichte; es trifft aber die Parteien. In der Entscheidung 4 hat man wenigstens die Barmherzigkeit geübt, die Gerichtskosten niederzuschlagen. In der Entscheidung 17 hat man auch dies unterlassen. Die nicht geringen Anwaltskosten müssen die Parteien unter allen Umständen auf ihrer Tasche behalten. Nun denke man sich, daß auch die OLGerichte, diesen Beispielen und der in der Entscheidung 17 gegebenen Andeutung folgend, in gleicher Weise jedes Urteil der LGerichte, dessen Thatbestand ihnen ungenügend erschiene, aufhöben und zur nochmaligen Verhandlung verwiesen! Welch ein Rechtszustand!

Zu einem erträglichen Zustand werden wir nur gelangen,

wenn die Anwälte sich bemühen, das Thatsächliche schon in ihren Schriften so genau und vollständig, wie möglich, darzustellen;

wenn sie bei der mündlichen Verhandlung auf das, was sie etwa Neues oder von den Schriften Abweichendes vorbringen, besonders aufmerksam machen, und dasselbe geeignetenfalls durch eine zum Protokoll eingereichte Anlage feststellen;

wenn das Gericht das solchergestalt neu Vorgebrachte in dem Urteil konstatiert, im übrigen aber auf die Schriftsätze Bezug nimmt;

wenn die höhere Instanz nicht allein einem solchen Verfahren keine Unduldsamkeit entgegenstellt, sondern auch darauf hält, daß an Abweichungen der mündlichen Verhandlung von den Schriften (unterlassenes Vorbringen, unterlassene Erklärung rc.) nur dann Rechtsnachteile (der Ausschließung, des Eingeständnisses rc.) geknüpft werden dürfen, wenn das Gericht durch Ausübung des Fragrechts (§ 130) festgestellt hat, daß diese Abweichungen absichtlich geschehen seien, und wenn dies im Urteil konstatiert wird*).

Eine solche Behandlung würde vollkommen in dem Rahmen

*) Eine höchst erfreuliche Erscheinung ist es, daß neuerdings ein Urteil des 2. Senats das nach § 130 auszuübende Fragrecht für eine Pflicht des Richters erklärt, deren Nichtausübung zur Aufhebung seiner Entscheidung führen kann. Entscheidungen des RG. Bd. 6 Nr. 107.

des Gesetzes liegen. Sie würde aber zugleich die Parteirechte gegen die mannigfachen Gefahren schützen, von denen sie jetzt bedroht sind.

Würde dagegen auf dem bisher beschrittenen Wege fortgeschritten, so wären damit die Parteirechte ständig dem Zufall preisgegeben. An die Stelle der Mündlichkeit würde sich eine Schriftlichkeit, weit schlimmer als jede frühere, an die Stelle der geistigeren Behandlung des Prozesses ein kläglicher Formalismus setzen. Das ist der Fluch der Unwahrheit, welcher auf dem Prinzip der Mündlichkeit in seiner abstrakten Durchführung lastet.

Sachregister.

(Die beigesetzten Ziffern bedeuten die Seite.)

Besprochene oder in Bezug genommene Urteile.

Die fettgedruckte Ziffer bezeichnet den Band, die je vor einem Bindestrich stehende Ziffer die Nummer im Bande, wo das besprochene Urteil zu finden ist. Die je hinter dem Bindestrich stehende Ziffer bezeichnet die Seite dieses Buches, wo das Urteil angeführt ist. (Z. B. **1.** 2 — 1 bedeutet: das Urteil Bd. 1 Nr. 2 der Entsch. d. RG., angeführt S. 1 dieses Buches.)

A. Aus den Entscheidungen des Reichsgerichts.

Außerdem sind die Urteile aus folgenden Sachen angeführt:

B. Aus den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

C. Aus Seufferts Archiv.

Kruis

Bähr, Otto,

Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen

München [u.a.] 1883